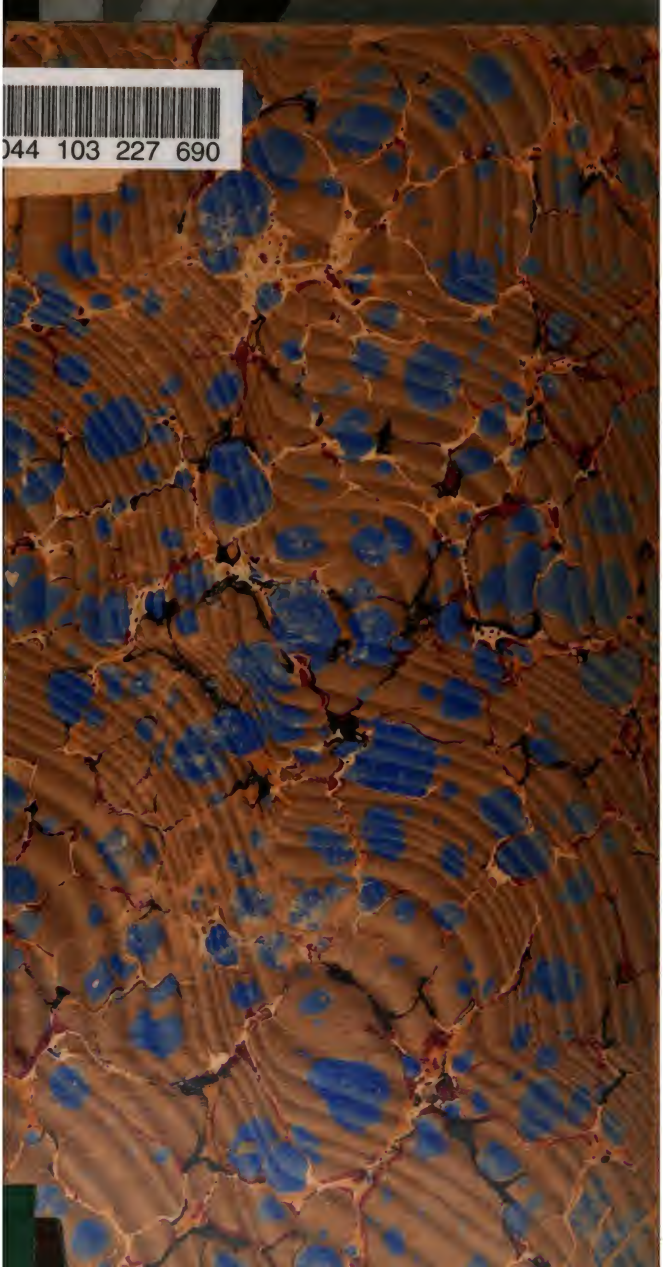
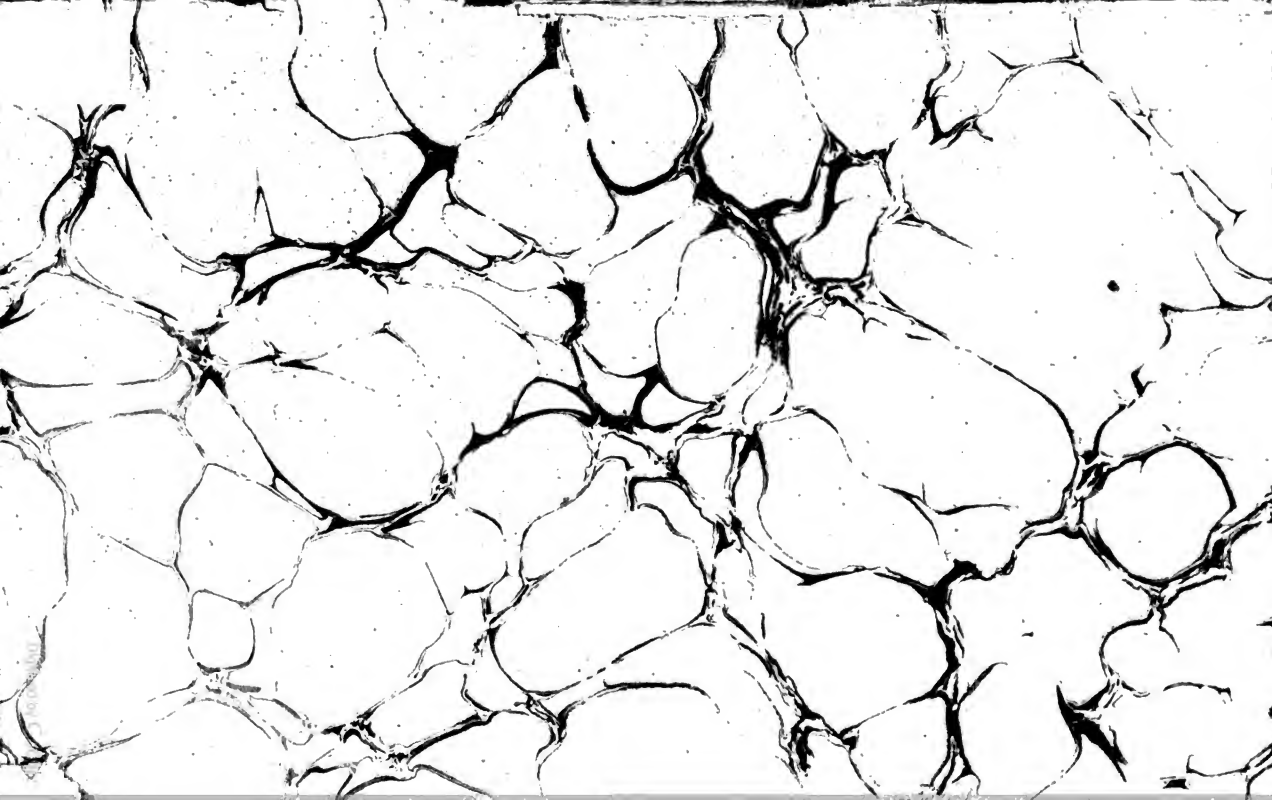

044 103 227 690
Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 11, 1899

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized By Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Das Verbrechen

des

ausgezeichneten Diebstahls,

nach den neuen deutschen Gesetzbüchern.

Von

Dr. Friedrich Oscar Schwarze,

Königl. Sächs. General-Staatsanwalt ꝛc. ꝛc.

Erlangen.

Verlag von Ferdinand Enke.

1863.

983

Digitized by Google

Rec. March 11, 1899

Druck der A. E. Junge'schen Universitätsbuchdruckerei in Erlangen.
(E. Th. Jacob.)

Digitized by Google

Vorwort.

Der Verf. hat in der gegenwärtigen Schrift nur die, in Art. 159. der C. C. C. ausgezeichneten und die ihnen verwandten Diebstähle, nämlich die Diebstähle durch Einbrechen, Einsteigen und mit Waffen, sowie durch Einschleichen bei nächtlichem Stehlen und durch falsche Schlüssel, in das Auge gefaßt. Die außerordentliche Verschiedenheit, welcher man betreff des Thatbestandes dieser Diebstähle in den neuen Gesetzbüchern begegnet, hatte den Verf. zunächst bestimmt, den Thatbestand derselben näher zu erörtern. Er beabsichtigte aber zugleich hierdurch nicht blos den Praktikern bei der Beantwortung der überreichen Zahl von Controversen in dieser Lehre einige Hilfe zu gewähren, sondern auch in derselben einen Beitrag zur Herstellung allgemeiner Ausgangspunkte bei der einstigen gemeinsamen Criminalgesetzgebung Deutschlands zu liefern. Es zeigt sich nämlich auch in dieser Lehre wiederum das Bestreben unserer Gesetzgebungen, womöglich alle schwereren, zeither vorgekommenen Fälle durch Häufung einer Menge von Specialvorschriften zu treffen, ohne hierbei ein bestimmtes und allgemeines Princip an die Spitze zu stellen. Es ist dadurch der Kreis der qualificirten Diebstähle außerordentlich erweitert und ein ziemlich regelloses Aggregat von Bestimmungen geschaffen worden.

*

Digitized by Google

Die obigen Diebstahlsfälle betreffen die, in der Art der Begehung und (abgesehen von dem bewaffneten Diebstahle) durch das Mittel der Entwendung qualificirten Categorien. Dieses gemeinsame Moment der Qualification ermöglichte ihre gemeinschaftliche Behandlung, wie es auch überhaupt einen festeren und sicheren Anhalt bietet, als dasjenige, welches bei den meisten übrigen Qualificationen in dem Objecte der Entwendung gefunden wird.

Durch die Beschränkung der Abhandlung auf unsre neuen Gesetzbücher wurde zwar einerseits die Nothwendigkeit nicht beseitigt, die Bestimmungen des Art. 159 der C. C. C. und die gemeinrechtliche, auf sie bezügliche Praxis zum Ausgangspunkte der Erörterungen zu nehmen, andrerseits aber auch die Besprechung dieses Artikels auf ein bescheidenes Maß zurückgeführt. Desto ausführlicher mußte der Verf. die Praxis in den einzelnen Ländern, soweit er von ihr Kenntniß erlangen konnte, berücksichtigen, weil gerade hier, bei einer Vergleichung der Rechtssprechung in den einzelnen Ländern, eine sehr starke Verschiedenheit, selbst bei der Gleichheit des Ausdrucks in den einschlagenden Gesetzen, hervortritt.

Der Abschnitt, welcher von dem Diebstahle mit falschen Schlüsseln handelt, war in seinen Grundzügen bereits im Gerichtssaale Jahrg. 1862 S. 438 f. mitgetheilt worden. Gegenwärtig ist er umgearbeitet und vervollständigt wieder mit aufgenommen worden.

Dresden, den 1. Mai 1863.

Dr. Fr. Schwarze.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Erste Abtheilung.

Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.

Art. 159 der Carolina.

Seite

§. 1. Einleitung 1

§. 2. Volksrecht. Italienische Juristen. — Auffassung des latrocinii in Verbindung mit den Bestimmungen des Art. 159 2

§. 3. Auslegung des Art. 159 und insbesondere des Wortes „gewerlich“ 5

§. 4. Die Erklärung des Art. 159 durch Dr. Hammer . . . 9

§. 5. Die Erklärung des Art. 159 durch Dr. Geib 13

§. 6. Die gemeinrechtliche Praxis bei Anwendung des Art. 159 . 16

Zweiter Abschnitt.

Die legislatorische Behandlung der genannten Diebstahlsarten.

§. 1. Die ordnungswidrige Beseitigung des Verschlusses bei dem Ein- (Er-) Brechen und dem Einsteigen; — die Formen der Gewalt und List 21

§. 2. Die Frage einer Vereinigung der im §. 1. aufgestellten Gesichtspunkte. — Verhältniß des Thatbestandes zu dem des einfachen Diebstahls. 27

§. 3. Durchführung des aufgestellten Grundsatzes. — Der Zweck des Verschlusses entscheidet nicht; — Mitbewohner . . . 29

§. 4. Der bewaffnete Diebstahl 31

Digitized by Google

Seite

§. 5. Die Vollendung bei diesen Diebstahlsarten 33
§. 6. Eintheilung des ausgezeichneten Diebstahls in den neuen Gesetzbüchern 34
§. 7. Ueber die Behandlung des Diebstahls mit Einbrechen und Einsteigen in den neuen Gesetzbüchern 36
§. 8. Die Bestimmungen der neuen Gesetzbücher über die Diebstähle mit Einbrechen und Einsteigen 38

Zweite Abtheilung.

Besonderer Theil.

Erster Abschnitt.

Gebäude — Wohnhaus — bewohnte Gebäude — „umschlossener Raum" — Mitbewohner — der „dazu gehörige Hofraum."

§. 1. Erklärungen der Bezeichnungen: „Gebäude, Wohnhaus, bewohntes Gebäude" — Mitbewohner. 44
§. 2. Die gesetzliche Definition des Begriffs „umschlossener Raum" 49
§. 3. Die Bedeutung von „umschlossen" und „geschlossen" . . 54
§. 4. Der geschlossene Raum als Zubehör eines Gebäudes . . 57
§. 5. Der unverschlossene, aber geschlossene Hofraum 60
§. 6. Die im Hofraume befindlichen Gebäulichkeiten 62
§. 7. Die Durchgangsverbindung mehrerer Gebäude 63
§. 8. Die „Hofräume" im Gegensatze zu den Gärten und ähnlichen Räumen 65

Zweiter Abschnitt.

Der Diebstahl mittels Einbrechens (furtum violentum.)

§. 1. Die Carolina. — Die hauptsächlichsten Abweichungen der neuen Gesetzbücher 67
§. 2. Aeußerer und innerer Einbruch 72
§. 3. Begriff des Verschlusses 75
§. 4 Ueber die Begriffe „Einbruch," „gewaltsame Eröffnung," „Gewalt an Sachen" 80
§. 5. Nähere Feststellung der „Gewalt" 87
§. 7. (Aeußerer) Einbruch als Mittel des Zugangs zu der Sache; — diebische Absicht 91
§. 8. Der Einbruch im Innern 94
§. 9. Erbrechen von Behältnissen „im Innern" des Gebäudes . 96
§. 10. Begriff des „Behältniß" 97

Digitized by Google

Seite

§. 11. Das Erbrechen des Behältnisses 103
§. 12. Versuch des Diebstahls mit Einbrechen 104
§. 13. Vollendung des Diebstahls. — Erbrechen des Behältnisses außerhalb des Diebstahlsortes 106

Dritter Abschnitt.
Der Diebstahl durch Einsteigen (furtum audax).

§. 1. Allgemeine Grundsätze 111
§. 2. Die Bestimmungen der neuen Gesetzbücher 112
§. 3. Gebäude — Wohngebäude — Miethwohnungen . . . 114
§. 4. Aufsteigen — Einsteigen von Außen — Steigen im Innern 116
§. 5. Begriff des Einsteigens (Einkriechens) 118
§. 6. Das Requisit des Ordnungswidrigen in dem Einsteigen . 120
§. 7. Die diebische Absicht — Complott — Einsteigen durch dritte Unbetheiligte 125

Vierter Abschnitt.
Der Diebstahl mit Waffen (furtum armatum.)

§. 1. Allgemeine Grundsätze 127
§. 2. Begriff der „Waffe" und des „Werkzeuges" 129
§. 3. Das Werkzeug als „Waffe" überhaupt. — Der Gebrauch des Werkzeugs ist kein ausreichendes Moment zur Charakterisirung des Werkzeugs als Waffe 131
§. 4. Ueber den Einfluß der besonderen Befähigung ꝛc. des Diebes zum Gebrauche des Werkzeugs auf den Begriff „Waffe" . 138
§. 5. Die Absicht bei der Bewaffnung. 142
§. 6. Nähere Feststellung der Absicht der Widersetzung . . . 147
§. 7. Ueber die Richtung der (eventuellen) Absicht. — Ungeladenes Schießgewehr 151
§. 8. Das Mitbringen der Waffe und das Bewaffnen an Ort und Stelle 153
§. 9. Vollendung des Diebstahls 156
§. 10. Diebstahl in unbewohnten Gebäuden — im Freien . . 157
§. 11. Ist das Ergreifen der Waffen nach der Entwendung ein Qualificationsgrund? 158
§. 12. Der Gebrauch der Waffe nach dem Diebstahle . . . 161
§. 13. Ueber den Zweck des Gebrauchs der Gewalt und den rechtlichen Charakter desselben. — Raub. — Bewaffneter Raub 163
§. 14. Complott 168

Digitized by Google

Fünfter Abschnitt.
Diebstahl bei Nacht mit Einschleichen.

Seite

§. 1. Die neuen Gesetzbücher 169
§. 2. Begriff der Nachtzeit 173
§. 3. Die Verbindung des Einschleichens und des Stehlens . . 178
§. 4. Mitbewohner 181

Sechster Abschnitt.
Diebstahl mit falschen Schlüsseln.

§. 1. Die gesetzlichen Bestimmungen 183
§. 2. Begriffsbestimmung des „falschen Schlüssel ꝛc." — Hauptschlüssel 186
§. 3. Der richtige, aber außer Gebrauch gekommene Schlüssel . 189
§. 4. Die „versperrte" Sache 197
§. 5. Die Eröffnung als das Mittel zum Diebstahle 197
§. 6. Der rechte, aber mit List ꝛc. erlangte Schlüssel 199
§. 7. Beweis der Qualification 203

Digitized by Google

Erste Abtheilung.
Allgemeiner Theil.

Erster Abschnitt.
Art. 159. der Carolina.

§. 1.
Einleitung.

In den Bestimmungen der Carolina über den Diebstahl tritt bekanntlich das Bestreben Schwarzenberg's ganz besonders hervor, deutsches Recht und deutsche Rechtsgewohnheit zur Grundlage zu nehmen, das Römische Recht und dessen Vermittelung aber nur aushilfsweise zu beanspruchen.[1]) Es mag wohl zugegeben werden, daß das ältere deutsche Recht in dieser Lehre der „unentbehrliche Schlüssel zum Verständnisse und zur richtigen Auslegung der Carolina“ [2]) ist, wie denn in manchen Beziehungen auch die neue und neueste Gesetzgebung in dieser Lehre die Carolina und die Entwicklung derselben zu ihrem Ausgangspunkte genommen hat. Allein andererseits läßt sich nicht verkennen, daß diese Praxis wiederum von der Grundidee der Carolina häufig sich entfernt und völlig fremde Elemente in sich aufgenommen hat.

1) Vergl. insbesondere Wächter, in Weiskes Rechtslexikon Bd. III. S. 389. Cropp, Diebstahl in den criminalist. Beiträgen von Trummer und Hudtwalker, Bd. II. S. 1. f. Dollmann, die Entwendung, S. 82 f. 87, 93 f. Roßhirt, Lehrb. §. 174. Köstlin, in der Münchner krit. Ueberschau Bd. III. S. 151 f.

2) Köstlin, a. a. O. S. 152.

Digitized by Google

Jedenfalls, um zunächst bei dem Art. 159 stehen zu bleiben, bietet hier das Römische Recht nur einen geringen Anhalt zur Auslegung. Die Bestimmungen in fr. 1. §. 2. fr. 2. D. de effractor. XLVII. 18 über die effractores in fr. 1. pr. D. XLVIII. 8. ad L. Cornel. de sicar., die offenbar gegenwärtig nach unseren Ansichten über Versuch und Vollendung nicht mehr anwendbar ist, — die Definitionen von Waffen, welche in mehrfacher Hinsicht Bedenken erregen, sind in der Hauptsache die hier einschlagenden Vorschriften.

Art. 159 der Carolina lautet:

„Von ersten geverlichen diebstalen durch einsteigen oder brechen, ist noch schwerer.

Item so aber eyn dieb inn vorgemeltem stelen, jemandts bei tag oder nacht inn sein behausung oder behaltung bricht oder steigt, oder mit waffen, damit er jemandt der jm widerstandt thun wolt, verletzen möcht, zum stehlen eingeht, solchs sei der erst oder mer diebstall, auch der diebstall groß oder kleyn, darob oder darnach berüchtig oder betretten, so ist doch der diebstall darzu, als abstreht, gebrochen oder gestiegen wirdt, ein geschlißner, geverlicher diebstall. So ist in dem diebstall, der mit waffen geschicht eyner vergewaltigung vnd verletzung zu besorgen. Darumb inn disem fall, der mann mit dem strang, vnd das weib mit dem wasser oder sunst nach gelegenheyt der personen, vnd ermessung des richters inn ander weg, mit außstechung der augen, oder abhawung der handt, oder einer andern dergleichen schweren leibstraff gestrafft werden soll."

Die Erklärung dieses Artikels verlangt ein Zurückgehen auf die alten deutschen Volksrechte und die Ansichten der italienischen Juristen, namentlich auf die Auffassung des latrocinii in den Schriften der letzteren.

§. 2.

Volksrecht. — Italienische Juristen. — Auffassung des latrocinii in Verbindung mit den Bestimmungen des Art. 159.

In den alten deutschen Volksrechten wird häufig das Einsteigen oder Einbrechen in ein Haus als besonderer Erschwerungsgrund vorgehoben. Ebenso findet sich im Rechte des Mittelalters

Digitized by Google

gleiche Anschauung. Dem Hause wird meistens der dazu gehörige geschlossene Hofraum gleichgestellt. Jedoch wird die Qualification auch auf befriedigte Räume überhaupt ausgedehnt.[1]) Dagegen läßt sich nicht behaupten, daß der in einem Hause verübte Diebstahl nur deshalb, weil er in einem Hause verübt worden, und ohne den Hinzutritt einer weiteren Erschwerung, qualificirt gewesen sei. Allerdings sollte der Hausfrieden gegen gewaltsames Eindringen in die Behausung und gegen Gewalt an den darin sich befindenden Personen und Sachen sicher stellen[2]); und es galt schon das Eingehen in diebischer Absicht in ein Haus als eine Verletzung der fremden Were. Allein diese Auffassung erstreckte sich auf *jedes unbefugte* Eingehen in ein fremdes Haus.[3])

Sehr bestimmt werden dagegen die Qualificationsgründe des Einsteigens und Einbrechens in den Excursen der italienischen Juristen hervorgehoben. Es hat hier namentlich Geib, Criminal-Archiv 1847, S. 533 f. ausgeführt, daß die italienischen Criminalisten, gestützt auf einige Stellen des Römischen Rechts, die Entwendung durch *Einbruch* dem Raube gleichstellten. Nicht minder finden wir in den alten Volksrechten, daß Diebstahl und Raub häufig gleichbedeutend genommen wurden[4]); deshalb ist es aber auch bedenklich, ohne Weiteres aus dem Gebrauche des einen oder des andern Wortes eine ausschließliche Beziehung auf das eine oder das andere Verbrechen abzuleiten, wie denn die Bestrafung, insbesondere die Strafart der beiden Verbrechen grundsätzlich, wie bekannt, eine ganz verschiedene war.

Schon die italienischen Juristen sahen in der Wiederholung des Diebstahls ein für die Strafbestimmung wichtigeres Moment, als in dem Betrage des Diebstahls, da in der Wiederholung des Verbrechens (consuetudo delinquendi) ein besonders schlechter Sinn des Thäters sich kundgebe. Der Dieb, der zum dritten

1) Vgl. Wilda, d. Strafrecht d. Germanen, S. 878 in Verb. mit Köstlin, Ueberschau a. a. O. S. 188 f.

2) Wilda, a. a. O. S. 242.

3) Wilda, a. a. O. S. 605 in Verb. mit S. 781.

4) Hohbach, in d. N. Archive d. Crim. R. Bd. IX. S. 124. Schwarze de crim. rapinae, pag. 74 sq.

Digitized by Google

Male gestohlen, wurde daher als latro famosus bezeichnet, und hiermit die Anwendung des fr. 28. §. 15 D. XLIX. 19, woselbst die famosi latrones mit der Strafe des Galgens bedroht werden, auf den dritten Diebstahl vermittelt. Der dritte Diebstahl wurde ebenso wie der dritte Raub allgemein als Capitalfall behandelt.[1])

In dieser Jurisprudenz liegt das Material zur Erklärung des Art. 159 der C. C. C.[2]) Der dritte Diebstahl wird in Art. 162 der C. C. C. mit dem Tode bedroht und dies damit gerechtfertigt, daß ein solcher Dieb einem „vergewaltiger gleich geacht" werden müsse, d. i. einem latro.[3]) Auf diese, bereits von den italienischen Juristen gelehrte Gleichstellung des ter furatus und des latro wird die Capitalstrafe gegründet, obwohl bei ersterem eine Gewalt gegen die Person selbst nicht in Frage ist. Vielmehr ist es die, beiden Verbrechern eigene besondere Hartnäckigkeit und Beharrlichkeit, welche zur Gleichstellung führt, und die sich bei dem latro in der Gewalt gegen die Person und bei dem ter furatus in der Wiederholung des Verbrechens kund gibt. Am nächsten dem „vergewaltiger" steht sodann der bewaffnete Dieb; die (wirkliche oder zu befürchtende) Vergewaltigung der Person ist bei jenem wie bei diesem das gravirliche Moment. Auch der dreimalige Dieb zeigt eine gleich hohe Gefährlichkeit, wie der latro; ebenso finden wir bei dem Diebe, der einsteigt und einbricht, diese hartnäckige Neigung zum Stehlen; sie überwindet die entgegenstehenden localen Hindernisse. Ohnedieß war man einerseits gewöhnt, den Dieb, der bereit war, Gewalt anzuwenden, einem Räuber gleich zu achten,[4]) und ebenso wurde andererseits von den

1) Vgl. hierüber allenthalben Schwarze, l. l. pag. 75 sq. Dollmann, Entwendung S. 81.

2) Vgl. die Ausführung bei Herrmann, Comment. ad art. 159. C. C. C. (Kiel, 1844) in Verb. mit Dollmann, Entwendung S. 81.

3) Vgl. auch Schwarze, l. l. pag. 73. Remus übersetzt: „is pro famoso fure . . . . . habebitur et latroni aequiparatur." Vgl. noch Roßhirt, Geschichte des deutschen Strafrechtes, Bd. II. S. 311.

4) Die von Geib, a. a. O. citirte Stelle des Aegid. Bossius: „Rapina fit et vi et sine vi, ita tamen ut eam committentes parati sint vim inferre."

Digitized by Google

italieniſchen Juriſten der Diebſtahl mit Einbruch in Gebäude häufig als Raub behandelt.[1]) Die „Gefliſſenheit“[2]) des Diebes zeigt ſich bei dem Diebſtahle mit Einbruch beſonders ſtark; ſie iſt es, die auch im Artikel der C. C. C. betont wird; es iſt ein furtum „voluntarium et malitiosum.“ (Gobler.)

So bot das latrocinium und die auf daſſelbe geſetzte Todesſtrafe dem Verfaſſer der Carolina den Weg zur Qualificirung des furti tertii, und weiter ſodann zur Qualificirung der in Art. 159 hervorgehobenen Diebſtähle.[3]) Dieſe Qualificirung iſt nur die weitere Entwicklung des, der Qualification des latrocinii unterliegenden Motivs. Es hat daher die gleiche Strafdrohung für dieſe drei Diebſtahlsfälle nichts Auffälliges,[4]) und ebenſowenig erſcheint die angedrohte Capitalſtrafe ſelbſt als eine Verletzung des von Schwarzenberg in Art. 104 ausgeſprochenen Grundſatzes, nach welchem die Capitalfälle der Carolina nicht über die Satzungen des Römiſchen Rechts ausgedehnt werden ſollen.

§. 3.

Auslegung des Art. 159 und insbeſondere des Wortes „geverlich.“

Es kann nicht beſtritten werden, daß dieſe Auffaſſung des Art. 159 in den Worten deſſelben eine weſentliche Unterſtützung findet. Die Worte weiſen offenbar auf eine Unterſcheidung des Diebſtahls mit Brechen und Steigen und des bewaffneten Diebſtahls hin. Jener wird als ein „gefliſſner geverlicher“ Diebſtahl

1) Geib, a. a. O. S. 535. Die Worte „in domibus“ in der Auth. Sed novo jure C. de serv. fugit. können jedoch hier nicht angezogen werden. Sie bedeuten vielmehr, daß es gleichgiltig ſei, ob in einem Hauſe oder an einem andern Orte (in itineribus s.) das „violenter aggredi“ erfolgt iſt; daß Alles auf die violentia ankomme, im Gegenſatze zu dem „occulte et sine armis.“

2) Vgl. hier Feuerbach, in d. Bibl. f. d. p. Rechtsw. Bd. II. S. 138.

3) Vgl. d. Ausführung von Herrmann, a. a. O.

4) Vgl. dagegen hier z. B. Grolmann, a. a. O. S. 52 f.

Digitized by Google

bezeichnet, — bei dieſem wird hervorgehoben, daß „eyner vergewaltigung und verletzung zu beſorgen.“ Es wird in dieſen Worten die Gleichſtellung mit dem fur famosus, bez. dem latro gerechtfertigt.[1]) Die Ueberſchrift ſelbſt handelt nun zwar nur vom Diebſtahl mit Einbrechen.[2]) Allein es iſt wohl auch der Schwerpunkt des Artikels auf den Diebſtahl mit Einbrechen und Einſteigen zu ſetzen, da bei dieſem Verbrechen die Androhung der Capitalſtrafe jedenfalls wichtiger und auffälliger war, als bei dem bewaffneten Diebſtahle. Ebenſo wird in andern Artikeln (157, 158, 161, 174) der Carolina der Diebſtahl mit Einſteigen oder Brechen gleichſam als eine Diebſtahlsart erwähnt, ohne zugleich des bewaffneten Diebſtahls mit zu gedenken.[3])

Es iſt bekannt, daß die Interpreten der Carolina den Grund der Auszeichnung dieſer Diebſtähle ſehr verſchieden aufgefaßt haben. Es liegt nicht im Zwecke dieſer Abhandlung, dieſe Auffaſſungen ſpeciell vorzuführen, zumal bereits Wächter ſie in ſeinem Lehrbuche §. 192. (Bd. II. S. 298 f.) klar und überſichtlich zuſammengeſtellt hat.[4]) Allein ſie ſind immer wichtig für das Verſtändniß der gemeinrechtlichen Praxis und der auf ihr beruhenden neuen Geſetzgebungen, ſowie auch zur Erklärung der höchſt auffälligen Ausdehnung der im Art. 159 etablirten Qualificationsgründe.

Die Criminaliſten haben vorzüglich das Wort „gevеrlich“ im Art. 159 zum Gegenſtande ihrer Erörterung gemacht, daſſelbe mit periculosum als einem Gebahren des Diebes, welches Gefahr bringt, überſetzt und ſodann über den Grund und das Object dieſer Gefahr geſtritten.[5]) Man hat die beſondere Gefahr theils auf die Perſon des Beſtohlenen bezogen; ſie zeige ſich bei dem Diebſtahle durch Einſteigen und Einbrechen darin, daß bei einem

---

1) Vgl. hierüber noch Herrmann, pag. 21.

2) Feuerbach, a. a. O. S. 110. Not. ** vermuthet einen Druckfehler. Vgl. noch Klien, Diebſtahl, S. 398. Anm. X.

3) Herrmann, l. l. pag. 22.

4) Vgl. auch Hammer, im N. Crim. Archive, 1845. S. 428 f.

5) Vgl. hier und über die Literatur Wächter, a. a. O. und im Rechtslexicon (von Weiske) s. v. Diebſtahl, Bd. III. S. 411.

Digitized by Google

Zusammentreffen des Diebes mit dem Bestohlenen Gewalt gegen den letzteren zu befürchten sei,[1]) — theils auf die besondere Gefahr für das Eigenthum, welches durch die Verwahrungsmittel gegen solche Diebe nicht gesichert sei,[2]) — theils auf die Person des Bestohlenen und auf das Eigenthum (jene bei dem bewaffneten Diebe, diese bei den andern Diebstählen,[3]) — theils endlich bei allen drei Diebstählen auf die subjective Gefährlichkeit des Thäters für die allgemeine Sicherheit.[4])

Daß bei den Diebstählen durch Einsteigen und Einbrechen nicht die Gefahr für das Eigenthum, sondern die besonders schwere Geflissenheit und Hartnäckigkeit des Diebes das maßgebende Moment in der Carolina sei, hat bereits Feuerbach[5]) nachgewiesen. Hiermit war der wichtigste Schritt zum richtigen Verständnisse des Artikel erfolgt.

Wächter hat nunmehr festgestellt, daß das Wörtchen „geverlich" nichts anderes als einen gefährlichen Sinn, einen besonders hohen Grad von dolus bedeute, und diese Ansicht, welche die meisten Neueren adoptirt haben, ist durch die höchst schätzenswerthen Excurse Herrmann's a. a. O. pag. 7 wesentlich unterstützt worden.[6]) Es ist der besonders starke und verbrecherische Sinn des Diebes,

---

1) Der hauptsächlichste Vertreter ist Grolmann, in s. Bibliothek s. d. peinl. R. W. Bd. I. St. 2. S. 45 f.

2) Vgl. z. B. Leyser, Med. ad P. sp. 535 seq. Hellfeld, de justit. poen. capit. §. 15.

3) Der hauptsächlichste Vertreter ist Feuerbach in Grolmanns angez. Bibl. Bd. II. St. 1. S. 116 f. 137 f. Er unterscheidet hiernach den subjectiv gefährlichen und objectiv gefährlichen Diebstahl. Vgl. gegen diese Bezeichnung insbes. Hammer, a. a. O. S. 440.

4) Vgl. insbes. Konopack, Crim. Archiv Bd. V. St. 1. S. 144 f. Salchow, Entwendung S. 99 f. Martin, Lehrb. §. 153.

5) A. a. O. S. 140.

6) Vgl. auch die Ausführung Häberlin's im N. Archive f. d. Crim. R. 1857. S. 8. S. 287 f., der jedoch einen zu großen Werth auf die dem Diebe drohende Gefahr und die Beharrlichkeit desselben, ihr zu trotzen, legt. Nach der richtigen Auffassung ist häufig bei dem Einbrechen und Einsteigen keine Gefahr für den Dieb selbst vorhanden.

Digitized by Google

welcher sich in diesen Fällen durch das Einsteigen, Brechen und Bewaffnen manifestirt und aus welchem allerdings wiederum eine besondere Gefahr für das Eigenthum, wie für das Leben Anderer entspringt. Die Verwegenheit des Diebes, welcher die Befriedigungen und Verwahrungen des Eigenthums beseitigt, ist ebenso wie die Verwegenheit des bewaffneten Diebes, welcher auf den Fall des Zusammentreffens mit dem Bestohlenen sich vorbereitet, eine sehr bedeutende. Der gefährliche Sinn des Diebes äußert sich darin, daß er mit Gewalt sein Vorhaben auszuführen bereit ist; jener wendet Gewalt gegen Sachen an, — dieser ist auf Gewalt gegen die Personen vorbereitet. Es ist, wie Remus sagt, in beiden Fällen ein „furtum deliberatum et destinata voluntate factum."

Sonach liegt den, von Wächtern widerlegten Ansichten der älteren Rechtslehrer über die Bedeutung des Wortes „gevêrlich" immer noch ein richtiger Gedanke zum Grunde. Nur sind diese Rechtslehrer stets auf dem halben Wege stehen geblieben, indem sie nur das objective Moment der Gefahr des Bestohlenen hervorhoben, während diese lediglich das Resultat und die Wirkung der gefährlichen Gesinnung des Diebes ist. Die letztere äußert sich bei den hier fraglichen Diebstahlsarten verschieden; die Aeußerung ist theils gegen das Eigenthum und dessen Verwahrung, theils gegen die Person selbst gerichtet. Man kann daher wohl Abstufungen in dieser gefährlichen Gesinnung, wie in ihren Aeußerungen zugestehen, insofern man bei dem bewaffneten Diebstahle den dolus des Diebes und die Gefährdung des Bestohlenen für schwerer hält als beides bei dem Diebstahle mit Einsteigen und Einbrechen. Hiermit verträgt es sich, wenn in dem Art. 159 das „gevêrlich" bei den letztgedachten Diebstählen besonders accentuirt wird; — bei dem bewaffneten Diebstahle liegt die Gefährlichkeit der Gesinnung, wie die aus ihr entspringende Gefährdung des Bestohlenen in der zu besorgenden „Vergewaltigung und Verletzung." Eine Gefahr für den Bestohlenen selbst wird überhaupt bei den Diebstählen durch Einbrechen und Einsteigen nicht nothwendig vorauszusetzen sein; — sie wurde erst durch die Commentatoren der Carolina und die Praxis als Requisit in den Thatbestand hineingetragen.

Digitized by Google

Wir glauben, daß auf diese Weise es sich erklären läßt, weshalb Schwarzenberg es für angemessen hielt, die Gefährlichkeit zunächst und vorzugsweise bei dem Diebstahle durch Brechen und Steigen zu accentuiren, bei dem bewaffneten Diebstahle sie jedoch nicht besonders hervorhebt und sich mit einer Bezugnahme auf die zu besorgende Vergewaltigung begnügt.

§. 4.

Die Erklärung des Art. durch Dr. Hammer.

Hammer hat in einer sehr interessanten Abhandlung (N. Archiv des Crim. Rechtes 1845, S. 452 f.) die von den älteren Rechtslehrern vertheidigte Erklärung des Wortes „geverlich" als „Gefahrbringend" „gefährlich" (periculosus) wieder aufgenommen. Derselbe gibt zu, daß der Ausdruck „geverlich" im Altdeutschen unserm „boshaft, böswillig, hinterlistig" entspreche und den Begriff des dolus, des verbrecherischen bewußten Willens habe. Allein mit dieser Bedeutung sei die spätere, nach welcher das Wort objectiv als „Gefahrbringend" aufzufassen sei, so innig verknüpft und verwebt, daß beide oft nicht getrennt und in ihrer einzelnen Bedeutung nachgewiesen werden könnten; es sei die spätere Bedeutung nur die praktische Anwendung, das Resultat jener erstern Bedeutung. Die Carolina habe bereits diese spätere Bedeutung sehr wohl gekannt und der Art. 159 das Wort „geverlich" in dieser letztern Bedeutung verstanden. Hammer sucht dies folgendermaßen nachzuweisen. Die Diebstähle wurden in der Carolina eingetheilt, einmal nach dem Objecte der Entwendung, und sodann nach der Art und Weise, wie sie begangen werden; hierfür sei die Oeffentlichkeit der Begehung, die Art und Weise des Eindringens zum Orte des Diebstahls und die Wiederholung des Verbrechens entscheidend. Daß aber wirklich das Verbrechen selbst, in seinem Verhältnisse zum Staate sowohl, wie zur Person des Verbrechers den Eintheilungs- und Auszeichnungsgrund abgegeben, sei durch die Ausdrücke bewiesen, mit denen der Diebstahl selbst und nicht die Person des Diebes beschrieben worden; jener, nicht diese werde „geverlich" genannt, und zwar der Diebstahl mit

Digitized by Google

Einbrechen und Einsteigen, um sowohl dessen Wesen zu kennzeichnen, als auch um ihn von den übrigen Diebstahlsarten zu unterscheiden.

Hiergegen ist Folgendes zu erinnern: Wie zugegeben werden kann, daß im Gesetze einzelne Diebstähle wegen des Objects des Diebstahls qualificirt werden, so ist andrerseits eben so wenig zu bestreiten, daß die Art und Weise der Begehung nicht als ein durchschlagender Eintheilungsgrund angesehen werden darf. So kann insbesondere bei dem Diebstahle mit Einbrechen die Art und Weise ziemlich ungefährlich für den Bestohlnen sein; — so bietet die Wiederholung des Diebstahls, obgleich sie qualicifirt ist, doch in der Art der Begehung nichts Besonderes und von der erstmaligen Begehung äußerlich Abweichendes dar. Vielmehr manifestirt sich hier lediglich die Beharrlichkeit des Diebes, also ein internum.

Daß, wie Hammer ausführt, zur Zeit der Carolina das Wort „geverlich" im Sinne von periculosus bekannt gewesen sei, kann zugegeben werden, ebenso wie daß die Uebersetzung mit dolus malus an sich einen Pleonasmus enthält. Letzteres ist jedoch, wie Wächter überzeugend dargethan, kein Gegenargument. Es liegt vielmehr in diesem Pleonasmus eine besonders starke Betonung der gefährlichen Gesinnung. Ebenso ist daraus, daß die Carolina den ter furatus einen „mehr verleumbten Dieb" nennt und nicht einen „geverlichen," keineswegs, wie Hammer meint, eine Beschränkung des Worts „geverlich" auf das Objective abzuleiten; — das Gesetz hat hier nur die Beziehung auf den „fur famosus" und die Gleichheit und Hartnäckigkeit der schlechten Gesinnung, die ihn einem „Verwaltiger" an die Seite stelle, besonders hervorgehoben. Daraus aber, daß das Gesetz den ter furatus wegen seiner Gesinnung einen „geverlichen" Dieb nennen konnte, (da das Wort doch jedenfalls auch in dieser Beziehung in der C. C. C. gebraucht wird) aber nicht so genannt hat, folgt nicht, daß das Wort „geverlich" da, wo es gebraucht ist, auf die Gesinnung des Diebes nicht bezogen werden könne.

Der Diebstahl — sagt man ferner — wird als gefährlich bezeichnet, nicht der Dieb selbst. Die Beziehung auf die gefähr-

Digitized by Google

liche Gesinnung des Diebes passe also nicht. Allein wir möchten — abgesehen von allen andern Gründen — kaum ein solches Argument, gegenüber dem damaligen Sprachgebrauche, gelten lassen. Auch gegenwärtig gilt die That als entscheidend, in welcher die Gefährlichkeit der Gesinnung sich kundgibt, und welche als die Aeußerung der letzteren bestraft wird. Kann man nicht auch den Diebstahl einen gefährlichen nennen, in welchem die Gefährlichkeit des Diebes zur concreten Aeußerung gelangt?

Auch Hammer kennzeichnet S. 456 den Diebstahl mit Einsteigen „als einen, wo der Dieb beweise, daß ihn äußere Schwierigkeiten von der Ausführung seines verbrecherischen Vorhabens nicht abzuhalten vermögen, er sich also als einen der bürgerlichen Gesellschaft höchst gefährlichen Menschen zeige.“ [1]) In dieser Kennzeichnung liegt die Uebereinstimmung mit unserer Meinung. Es handelt sich immer nur um Ursache und Folge. Wir anerkennen die Folge, führen sie aber auf ihre Ursache zurück und betrachten die letztere als das entscheidende Moment bei der Erklärung des Artikels. Von praktischer Bedeutung wird die Frage insbesondere bei dem bewaffneten Diebstahle und der Frage, ob die Bewaffnung in der eventuellen Absicht des Widerstandes erfolgt sein müsse oder aber ob die Thatsache der Bewaffnung ausreiche? Die letztere würde hinreichen, wenn man die (objective) Gefahr für den Bestohlnen für genügend zur Qualificirung erachten will, — dies thut auch, nach dem Vorgange Feuerbachs', Hammer. [2])

Allein gerade bei dem bewaffneten Diebstahle wiederholt Schwarzenberg das zweifelhafte Wort „geverlich“ nicht, sondern beruft sich auf die Gefahr der „Vergewaltigung“. — Die bloße Gefahr (ohne die eventuelle Absicht des Widerstandes) würde aber die Gleichstellung des bewaffneten Diebstahls mit dem latrocinium nicht rechtfertigen, — ebenso wird andererseits die wirkliche Gewaltanwendung zum Thatbestande des bewaffneten Diebstahls nicht, wie bei dem latrocinium, verlangt. Worin liegt also der Grund der Gleichstellung? Derselbe wird in der Gesinnung des bewaff-

1) Ebenso S. 458 u. f. f.

2) a. a. O. S. 622 f.

Digitized by Google

neten Diebes und des latro, sowie in der bez. directen oder eventuellen Richtung auf die Gewalt gefunden.

Hätte mit „gevērlich" nur das furtum periculosum, die Gefahr an sich, bezeichnet werden sollen, so würde dieser Ausdruck auch auf die Bewaffnung (ohne die eventuelle Absicht des Widerstandes) gepaßt haben; — in allen diesen Fällen würde sodann nur die Gefährdung des Bestohlnen, — nicht die Absicht, nicht die besondere Verwegenheit des Diebes entscheiden. Dann würde Schwarzenberg alle drei Fälle auch nur mit diesem Namen bezeichnet haben, während er das Wort „gevērlich" auf die Diebstähle mit Einsteigen und Einbrechen beschränkt hat. Gerade in dieser Trennung und verschiedenen Charakterisirung finden wir ein Argument für die Herrmann'sche Ansicht, welche wiederum darauf entschieden hinweist, daß „gefährlich" hier auf die Gesinnung des Diebes zu beziehen ist.

Hierfür spricht ferner auch die Wendung, welche Schwarzenberg am Schlusse des Artikels mit den Worten „in diesem Falle" beginnt. Diese Worte beziehen sich scheinbar nur auf den bewaffneten Diebstahl, allein in Wahrheit auf alle drei Fälle.[1]) Der letzte Fall ist unter ihnen der prägnanteste; bei ihm tritt die schwere Verschuldung des Diebes besonders hervor; die Bezugnahme auf die „Vergewaltigung" rechtfertigt vorzugsweise die harte Leibesstrafe; die beiden andern Diebstähle setzen daher einen gleich starken dolus des Diebes voraus, um auch sie mit gleicher Strafe bedrohen zu können, wie den bewaffneten Diebstahl.

In dieser Gleichheit der subjectiven Gefährlichkeit des Diebes[2]) liegt daher auch das Moment, durch welches das Bedenken[3]) beseitigt wird, daß die Diebstähle durch Einbrechen und Einsteigen mit dem bewaffneten Diebstahle, trotz ihrer übrigen Verschiedenheit in einem Artikel zusammengefaßt worden sind.

---

1) Vgl. dagegen Grolmann, in s. Bibliothek d. peinl. R. W. Bd. I. St. II. S. 50 f.

2) Martin, Lehrb. §. 153 a. E.

3) Grolmann, a. a. O.

Digitized by Google

§. 5.

Die Erklärung des Art. 159 durch Dr. Geib.

Dr. Geib hat in seiner lehrreichen Abhandlung über den Artikel 159 der C. C. C.[1]) das Wort „gevèrlich" gleichfalls nicht auf die Böswilligkeit des Diebes, die er vielmehr bereits in dem Worte „gefliſſen" zur Genüge ausgedrückt findet, sondern darauf bezogen, daß die Diebstähle recht eigentlich deshalb gefährlich seien, weil durch sie das Höchste und Heiligste, der Friede von Haus und Hof, verletzt werde.[2]) Wenn hierbei von Geib das Wort „doch"[3]) accentuirt wird, so wird von ihm aus diesem Worte wohl eine falsche Consequenz gezogen. Das Wort „doch" kann hier nur bedeuten, daß alle die Unterschiede, ob der Betrag groß oder klein, der Diebstahl handhaft oder heimlich ꝛc., die außerdem maßgebend sind, nichts gelten sollen. Also: obgleich der Diebstahl nicht handhaft ꝛc., so solle er doch für einen „gefliſsnen" und „gevèrlichen" geachtet und mit dem Tode bestraft werden.[4]) Diese Gleichstellung mit dem dritten Diebstahle ꝛc., welche hier ausgesprochen wird, — wie Geib zugibt — führt aber nicht dazu, das Wesen dieser Diebstähle in einer Verletzung des Friedens von Haus und Hof zu finden, sondern zu dem, dem dritten Diebstahle, sowie dem Diebstahle mit Einsteigen gemeinsamen Momente, nämlich zu der Verwegenheit und Hartnäckigkeit des Diebes.

Die, von Geib geltend gemachte Verletzung des Friedens von Haus und Hof zeigt sich bei dem Diebstahle mit Einsteigen, — nicht aber eigentlich bei dem bewaffneten Diebstahle. Das Eingehen in das Haus ist an sich noch nicht eine solche Verletzung; das Eingehen kommt ja überhaupt bei der überwiegenden Mehrzahl der Diebstähle vor. Geib will, zur Beseitigung dieses Ein-

---

1) N. Archiv des Crim. Rechts 1847. S. 352 f. S. 521 f.

2) Geib's Ansicht ist insbesondere von Mittermaier zu Feuerbach's Lehrb. §. 334 Note II. adoptirt worden.

3) S. 562 f. — „so ist doch der diebstall . . . eyn gefliſsner geverlicher diebstall."

4) Vgl. schon Klein, Grundſ. d. peinl. R. §. 442. Note.

Digitized by Google

wands, bei dem bewaffneten Diebſtahle den unverkennbaren Mangel dieſes Requiſits (der Verletzung des Hausfriedens) durch die Gefahr „gewiſſermaßen erſetzen," von welcher die Bewohner des Hauſes durch die Bewaffnung des Diebes bedroht ſind. Allein dieſes Erſatzes bedarf es dann nicht, wenn man den Schwerpunkt auf die beſondere Verwegenheit des Diebes legt; unter ihm ſind alle Fälle des Art. 159 leicht zuſammenzufaſſen.

Geib hat ferner auszuführen geſucht (a. a. O. S. 523. f.), daß der alte Grundſatz über die höhere Strafbarkeit des Diebſtahls in Häuſern und Höfen, ſo wie über die Gleichſtellung der beiden letzteren Arten unter einander bis in das Mittelalter und ſo ziemlich bis auf das Zeitalter der Bambergenſis und Carolina gegolten habe, ſo wie, daß die italieniſchen Juriſten von dem dreizehnten bis in das ſechszehnte Jahrhundert gerade dieſe Art des qualificirten Diebſtahls beſonders hervorgehoben haben.

Allein, abgeſehen von demjenigen, was gegen dieſe Anſicht Geibs bereits Köſtlin in d. krit. Ueberſchau ꝛc. (Bd. III. S. 154 f.[1]) allerdings in ſehr ſchroffer Weiſe, insbeſondere über den Diebſtahl intra et extra septa (Haus und Hof) bemerkt hat, ſo zeigt ſich auch überwiegend in den von Geib ſelbſt citirten Stellen, daß das erſchwerende Moment nicht darin, daß in einem Hauſe geſtohlen worden, ſondern vielmehr in dem Brechen und Steigen oder im nächtlichen Stehlen gefunden worden iſt, wenigſtens in den Fällen, in denen eine ſchwere Strafe angedroht wird. Das clam et animo furandi intrare iſt an ſich ſchon ſtrafbar, wie wir oben andeuteten, aber deshalb noch nicht ein Qualificationsmoment. Die Idee der Verletzung des Hausfriedens gelangt bei dieſem Diebſtahle ebenſo, aber auch nicht mehr als wie bei jedem andern unbefugten Eintreten in das Haus, zur Geltung, — auf eine unmittelbare Störung des Hausfriedens iſt die Abſicht des Diebes ohnedem nicht gerichtet. Es iſt vielmehr etwas Reelleres in Frage, — es iſt die Sicherheit, welche das Haus dem Bewohner und deſſen Eigenthum gewährt. Der Diebſtahl wird nicht deßhalb

1) Vgl. auch noch ſ. Abhandl. (ed. Geßler) S. 221. Anm. 4, ſo wie Cropp, a. a. O. II. S. 27 f.

Digitized by Google

ein ausgezeichneter, weil Sachen, die in einem Hause befindlich sind, gestohlen worden sind; diese Sachen genießen keinen besondern Schutz und werden deshalb allein, weil sie in einem bewohnten Hause sich befinden, wohl nirgends als befriedete behandelt. Die Sicherheit des Hauses ist auch nicht in Frage, wenn der Dieb bei Tage in das offene Haus hineingeht und daselbst eine Sache wegnimmt. Kam der Dieb bei Nacht in das Haus, so erachtete man dies wohl für qualificirt,[1]) weil der Hausbewohner sein Eigenthum in der Nacht weniger schützen kann, wohl auch selbst, im Schlafe wehrlos, persönlich gefährdet ist. Ein Friede des Hauses, wie ihn das alte Recht Kirchen, Mühlen, Schmieden ꝛc. vindicirt, ist aber in der Ausdehnung auf alle Häuser oder doch Wohnhäuser nicht nachzuweisen. Das unbefugte Eintreten in das Haus ist vielmehr überhaupt, nach altem Rechte, ein Vergehen.[2]) Will man es als Friedensbruch bezeichnen,[3]) so zeigt wenigstens hier das diebische Eingehen nichts Besonderes. Das Charakteristische ist hierbei nur, daß das Eintreten in das Haus furandi nomine, sonach der Versuch des Diebstahls, als ein eignes Verbrechen, als Verletzung der fremden Were behandelt wird.[4]) Hierdurch hoffen wir Geib's Argumente, trotz des Scharfsinns, welcher von ihrem Urheber auch hier gezeigt worden, zur Genüge widerlegt zu haben.

---

1) Vgl. hierüber noch Köstlin, a. a. O. S. 186 f. Wilda, a. a. O. S. 877.

2) Vgl. Clarus, pract. crim. qu. 68 n. 4. „sive sit ex causa amoris, sive ex causa furandi, sive aliud maleficium committendi." Vgl. Wilda, a. a. O. S. 605 f.

3) Vgl. jedoch Wilda im Rechtslexikon von Weiske, s. v. Landfriedensbruch (Bd. VI. S. 271), welcher zeigt, daß das eigenmächtige Eingehen in die Were eines freien Mannes zwar als Rechtsbruch, nicht aber als Friedensbruch angesehen worden.

4) Vgl. Wilda, Strafrecht, S. 605 f. 781.

Digitized by Google

§. 6.

Die gemeinrechtliche Praxis bei Anwendung des Art. 159.

Aus der verschiedenen Auffassung des Art. 159 haben sich auch verschiedene Streitfragen entwickelt.

Es kann auf die einzelnen, hier sich darbietenden Fragen nicht näher eingegangen werden. — Die Erörterung derselben würde weit über den Zweck der vorliegenden Schrift hinausführen.

Allein wie die Auslegung des Artikels 159 schon frühzeitig vielfache Zweifel hervorrief, so war auch natürlich, daß die Praxis eine ziemlich schwankende und unsichere war. Es soll hierüber nur Einiges bemerkt werden.

Carpzov hatte die Ansicht aufgestellt,[1]) daß es nur einen qualificirten Diebstahl, nämlich den mit Waffen, gebe. Es ist von Klien[2]) bereits nachgewiesen worden, daß Carpzov hierbei nicht sowohl auf den Artikel 159 der C. C. C. als vielmehr auf ein sächsisches Particulargesetz sich stützt, und daß er daher die Vorwürfe der Willkürlichkeit nicht verdient, die ihm hierunter wiederholt gemacht worden sind. Trotzdem hat die Carpzov'sche Ansicht lange Zeit in der gemeinrechtlichen Praxis geherrscht;[3]) — die Unrichtigkeit derselben, gegenüber der Carolina, ist ebenso unbezweifelt[4]), als die Unrichtigkeit der Ansicht,[5]) daß der Artikel 159 unbedingt in allen Fällen Bewaffnung des Diebes voraussetze und unter dieser Voraussetzung nur noch unterscheide, ob der bewaffnete Dieb einsteige oder einbreche oder keines von beiden thue. Diese letztere Ansicht beruhte auf der Annahme, daß die Gefahr für die Person des Bestohlnen das maßgebende Criterium

---

1) Pract. crim. P. II. qu. 79.

2) Klien, Diebstahl, S. 403 f.

3) Kleinschrod, Abhandl. a. d. peinl. R. Nr. VIII. Bd. VI. §. 3. Engau, el. jur. crim. L. I. Tit. VII. §. 112 „— res per duo fere saecula judicatas." Leyser, Med. ad. Pand. sp. 535 med. 11. Dorn, Commentar I. §. 143.

4) Feuerbach, in d. Bibl. f. d. peinl. R. W. Bd. II. S. 123 f.

5) Vgl. Kleinschrod, a. a. O. §. 4.

Digitized by Google

bei diesen Diebstahlsarten, eine solche aber nur bei der Führung von Waffen zu befürchten sei.

Im Allgemeinen machte sich in der gemeinrechtlichen Praxis auch hier das Bestreben geltend, die angedrohte Capitalstrafe auf die schwersten Fälle und die Anwendung des Artikels 159 daher durch verschiedenartige Voraussetzungen, welche man aus der behaupteten ratio legis ableitete, einzuschränken.

So sehr jedoch die Meinungen der Rechtslehrer auseinandergingen, sah man doch durchgängig das maßgebende Moment in der Gefahr, welche in diesen drei Diebstahlsarten entweder für die Person des Bestohlenen oder für das Eigenthum desselben oder für beides zugleich gefunden wurde. Am weitesten ging auch hier Carpzov,[1]) welcher bei dem Diebstahle mit Einbruch eine effractio seditiosa ac violenta verlangte. Er sprach von einer effractio seditiosa et coadunatis hominibus facta. Mindestens erforderte er eine vis ingens ac maxima oder aber den Gebrauch von Waffen. Carpzov nahm daher z. B. einen qualificirten Diebstahl zwar auch bei dem Erbrechen von Kisten ꝛc. an, jedoch nur dann, wenn die Kiste ꝛc. eine bene ac fortiter munita war und sie mit großer Gewalt oder mit Waffen erbrochen wurde. ((n. 36 sq.) Deshalb wurde auch das Oeffnen mit falschen Schlüsseln nicht hierher gerechnet.

Auch, nachdem die Carpzov'sche Meinung ziemlich überwunden war, hielt die gemeinrechtliche Praxis, hauptsächlich nach dem Vorgange Böhmer's (ad C. C. C.), an der Ansicht fest, daß bei dem Diebstahle durch Einbrechen und Einsteigen die Gefahr für die Person des Bestohlenen als das maßgebende Moment zu betrachten sei. Während aber die Carpzov'sche Meinung die Gefährdung des Bestohlenen in der Bewaffnung des Diebes fand, sah die neue Meinung zwar auch die Gefährdung für entscheidend an, beschränkte sie jedoch nicht auf die Bewaffnung, und erblickte sie andererseits nicht in jedem Einbrechen oder Einsteigen des Diebes. War, wie z. B. bei dem Diebstahle in unbewohnten Gebäuden, überhaupt nicht oder aber bei der Art und Weise, wie das Einsteigen, bez. Einbrechen bewirkt worden, eine Gefahr für

1) Qu. 19. n. 3 sqq. 32 sqq.

Digitized by Google

den Beſtohlenen nicht indicirt, ſo nahm man die Auszeichnung nicht an.[1]) Insbeſondere wurde die Gefährdung des Beſtohlenen als indicirt betrachtet, wenn das Einbrechen und das Einſteigen in einer Weiſe ausgeführt war, oder überhaupt daſſelbe eine ſolche Verwegenheit des Diebes bekundete, daß die Befürchtung nahe lag, es werde der Dieb, wenn er bei der That betroffen würde, mit Gewalt den Weg zur Flucht ſuchen oder mit Gewalt die Durchführung ſeines Vorhabens anſtreben. Bei dem Einbrechen verlangte man daher häufig eine vis seditiosa oder atrocior oder gefährliche Inſtrumente, mit denen der Einbruch bewirkt worden.[2]) Fand der Einbruch absque peculiari violentia ſtatt, wie z. B. bei dem Eindringen durch Lehmwände, ja ſelbſt bei gewöhnlichen Bauernhäuſern, ſo wurde die Qualification nicht angenommen. Bei dem Einſteigen verlangte man zur Qualification den Gebrauch von Leitern, auf denen ein Rückzug Schwierigkeiten für den Dieb bot, und überdies ein Einſteigen in die oberen Gebäudetheile.[3]) Man nahm daher bei dem Erbrechen von Verzäunungen und ähnlichen Einfriedigungen von Sachen, die ſich im Freien befanden, Qualification nicht an, wohl aber bei der Gewalt gegen Anſtalten, welche zur Verwahrung der in Gebäuden befindlichen Sachen getroffen ſind.[4]) Ebenſo verlangten diejenigen Rechtslehrer, welche auch den Einbruch in unbewohnte Gebäude qualificirten, wenigſtens eine ſolche Gewalt, durch welche Geräuſch verurſacht und dadurch die Gefahr der Entdeckung herbeigeführt

---

1) Vgl. beiſpielsweiſe Kress, ad C. C. C. 159 §. 2 sqq. Böhmer ad C. C. C. 159 §. 3 sqq. Weſtphal, Criminalrecht, Anm. 55. Struben, rechtl. Bedenken Thl. II. Bed. 107. Thl. III 15. Meister, princ. jur. crim. §. 216 sqq. Dorn, Commentar I. §. 143. Quiſtorp, Grundſ. d. peinl. Rechts Thl. I. §. 349 f. Koch, instit. jur. crim. §. 188. Stelzer, Lehrb. des peinl. Rechts § 611. Auch Tittmann, Handb. § 463, hebt dieſen Geſichtspunkt hervor.

2) Vgl. insbeſ. Geib, a. a. O. S. 551 f.

3) Schon Remus überſetzt: de furto violento, quod per effractionem aut in locum superiorem ascensu fit. Vgl. ferner z. B. die Ausführungen bei Böhmer, Quiſtorp ꝛc.

4) Vgl. z. B. Tittmann, §. 468.

Digitized by Google

werde. Doch blieb man sich hier nicht consequent. Auch wurde häufig der Einbruch in leerstehende Häuser unbedingt als qualificirt angesehen,[1]) indem man mehrseitig anfing, die Gefahr für das Eigenthum als das entscheidende Moment anzusehen.[2])

Man verlangte bei dem Diebstahle mit Einbrechen zwar nicht mehr gefährliche Werkzeuge, wohl aber eine besonders schwere Gewalt, die jedoch schließlich wieder in dem Gebrauche solcher Werkzeuge sich äußerte.[3]) Dabei distinguirte man so, daß aus der Eigenschaft des Werkzeuges allein nicht auf die Größe der Gewalt geschlossen werden dürfe, da es möglich sei, daß ein minder starkes Werkzeug zum Einbrechen ausgereicht hätte, wenn es der Dieb gehabt hätte. Es wurde daher mehrseitig die Beaugenscheinigung der Sache durch den Richter als unbedingt nöthig verlangt.[4]) Erst Grolmann[5]) hat a. a. O. eine ziemlich entschiedene Geltung in der Praxis derjenigen Ansicht verschafft, welche das Einbrechen auf das Einbrechen in Gebäude beschränkte.

Bei der Frage, ob Gefahr für den Bestohlenen vorhanden gewesen, wurde vielfach auf das Verhalten des Diebes bei seiner Ertappung Rücksicht genommen und in ihm ein Grund für, bez. wider die Gefährlichkeit gefunden, ja dieses Verhalten sogar von einigen Rechtslehrern als ein Moment des Thatbestandes behandelt.[6])

Mit dieser Verschiedenheit der Auffassung steht auch der Streit über die richtige Benennung der einzelnen dieser drei Diebstahlsarten in Verbindung. Die meisten neueren Criminalisten bezeichnen sie gemeinsam als furtum periculosum (was offenbar unrichtig ist) und unterscheiden sodann wieder zwischen dem furtum violentum (Einbrechen), audax (Einsteigen), und periculosum im engeren Sinne oder armatum.[7])

---

1) Vgl. z. B. Meckbach, ad C. C. C. 159.
2) Vgl. die Literatur bei Wächter a. a. O.
3) Vgl. Leyser, l. l. Sp. 536. med. 10 sqq.
4) Vgl. z. B. Koch, Anfangsgr. § 192. u. d. daſ. Angef.
5) Vgl. noch Geib, a. a. O. S. 361 f.
6) Vgl. z. B. Grolmann selbst, Grundſ. §. 189.
7) Hammer, a. a. O. S. 444 f.

Digitized by Google

Wenn man nun eine Vergleichnung der Ansichten nach ihrer Zeitfolge vornimmt, so findet man, daß zunächst die Qualification des Einbruchs es war, welche man — wenn auch nicht durchgängig — von den verschiedenen Modificationen befreite, die nach und nach sich in der Praxis festgesetzt hatten,[1]) daß aber bei dem Einsteigen bis in die neueste Zeit vielseitig das Moment festgehalten wurde, daß das Einsteigen ein für den Rückzug des Diebes selbst gefährliches und dadurch auch für die Person des Bestohlenen, bei einem Zusammentreffen mit dem Diebe, gefährliches gewesen sein müsse.[2]) Eigenthümlich nimmt es sich dabei aus, wie die Praktiker in ihren Schriften den Schutz des Gesetzes für die ruricoli, deren Häusern er durch Carpzov entzogen worden, anrufen und die Bedeutung der Landwirthschaft für das allgemeine Interesse betonen.

Die Ansicht, daß außer der in der That selbst sich manifestirenden Gefährlichkeit des Diebes noch eine besondere Gefahr für Personen erfordert werde, ist insbesondere von Feuerbach und Konapack a. a. O. widerlegt worden. Es kehrt jedoch diese Ansicht in einzelnen Bestimmungen der neuen Gesetze wieder. So nahm zwar das Bayer. GB. v. J. 1813 Art. 221 darauf, ob das Gebäude, in welches eingestiegen oder eingebrochen worden, bewohnt gewesen, keine Rücksicht; allein bereits die Diebstahlsnovelle v. J. 1816. Art. VI. beseitigte die Qualification in den Fällen, wo das Einsteigen und der Einbruch in „einsam stehende unbewohnte Gebäude" erfolgt war und das Rescript vom 31. Jan. 1817[3]) bezeichnet, als das „charakteristische Merkmal des ausgezeichneten Diebstahls" die „Angriffe an die häusliche Sicherheit."[4])

---

1) Vgl. Geib, a. a. O. Die Frage, ob auch Einbruch in unbewohnte Häuser qualificire, blieb jedoch streitig.

2) Vgl z. B noch Martin, Lehrb §. 154.

3) Vgl. Dopreimayer's Sammlung (Ed. III.) S. 56.

4) Vgl. auch Gönner, über d. Bayer Diebstahls-Gesetz, im N. Arch. d. Crim. R. Bd. VIII. S. 21.

Zweiter Abschnitt.

Die legislatorische Behandlung der genannten Diebstahlsarten.

§. 1.

Die ordnungswidrige Beseitigung des Verschlusses bei dem Ein- (Er-) Brechen und dem Einsteigen; — die Formen der Gewalt und List.

Bei der Frage über die legislatorische Behandlung der Diebstähle mit Brechen und Einsteigen bieten sich zwei verschiedene Gesichtspunkte zur Auswahl dar. Einmal der Gesichtspunkt der häuslichen Sicherheit und deren Gefährdung, und sodann der der Beseitigung der Aufbewahrungsmittel für eine Sache. Der erstere Gesichtspunkt[1]) führt, wenn er ohne Beschränkung adoptirt wird, zur Qualification jedes, in einem Wohnhause ausgeführten Diebstahls, und daher offenbar zu weit. Die meisten der neueren Gesetzbücher haben den zweiten Gesichtspunkt angenommen. Auch dieser führt, wie wir noch sehen werden, allerdings sehr weit und nöthigt zur Qualificirung auch ziemlich unerheblicher Fälle, läßt aber eine consequente Durchführung und die Aufstellung bestimmter und gleichmäßiger Merkmale zu.

Der erstere Gesichtspunkt schließt die Diebstähle in unbewohnten Häusern, so wie außerhalb eines bewohnten Hauses unbedingt aus. Insbesondere macht er sich bei dem Erbrechen von Behältnissen im Freien (außerhalb des Hauses) geltend; dasselbe würde nicht qualificirt sein. Ebenso verliert bei diesem Gesichtspunkte das Moment des Verschlusses als Qualificationsgrund seine volle Bedeutung; auch der Diebstahl im unverschlossen gebliebenen Wohnhause würde qualificirt sein.

---

1) Vgl auch noch Geib a. a. O. S. 564, welcher bemerkt, daß die ältere Idee eines das Haus und den Hof umgebenden Schutzes und sog. höheren Friedens unserem Rechte fremd geworden.

Digitized by Google

Die neuen Gesetzbücher haben die Beseitigung des Verschlußmittels mit Gewalt oder List hervorgehoben, — die Gewalt bei dem Erbrechen, die List bei dem Einsteigen und den falschen Schlüsseln. Es ist die ordnungswidrige Beseitigung oder Ueberwindung eines räumlichen Hindernisses, durch welches dem Diebe der sofortige und unmittelbare Zugang zu der Sache verwehrt ist. Die Sache befindet sich in einer Räumlichkeit, welche für den Dieb unzugänglich und verschlossen ist. Diese Schutzwehr der Sache gegen das sofortige Ergreifen der Sache wird von dem Diebe beseitigt; — er beseitigt den Schutz der Räumlichkeit, in welcher sie sich befindet.

Es ist der „umschlossene Raum," in welchem „man nur durch den Gebrauch von Schlüsseln oder durch Einbrechen oder Einsteigen gelangen kann," und in welchem sich die Sache, welche den Gegenstand der Entwendung ausmacht, befindet. Es bietet jedoch, wie wir sehen, diese Bezeichnung noch verschiedene Schwierigkeiten.

Wenn es gestattet ist, das Wort „Behältniß" auch auf Gebäude und ähnliche Räumlichkeiten anzuwenden, so würde dasselbe eine schärfere Lösung der Frage gewähren. Nach der Abstammung des Wortes steht dasselbe einer solchen Anwendung nicht entgegen.

Es ist das Behältniß der Ort oder Raum, in welchem Gegenstände aufbewahrt werden.

Das Entwenden der Sache aus dem Behältnisse reicht jedoch zur Qualification nicht hin. Der Dieb, welcher im Hause aus einem offenen Schranke einen Gegenstand stiehlt, nimmt ihn aus einem Behältnisse, aber doch unter Umständen, durch welche das Moment des Behältnisses keine Bedeutung beanspruchen kann. Der Gegenstand war in dem Behältnisse „aufbewahrt," aber durch den Mangel des Verschlusses in gleicher Lage, wie jede offen daliegende Sache; sie war jeder im Hause oder Zimmer befindlichen Person leicht zugänglich. Allerdings gehörte vielleicht Verwegenheit oder List dazu, in das Haus oder Zimmer zu treten, um bis zu dem Gegenstande zu gelangen. Allein es würde, wenn man schon in der Verwegenheit oder List allein, mit welcher

Digitized by Google

ein Diebſtahl verübt wird, das Qualificationsmoment finden wollte, dieſes offenbar zu weit führen und ziemlich unbeſtimmte Merkmale darbieten, ſonach in der Praxis Schwankungen und Willkürlichkeiten erzeugen.

Es wird die Aufſtellung von ſichern und objectiv feſtbeſtimmten Merkmalen nöthig, durch welche das Entwenden der Sache aus dem Behältniſſe als beſonders ſtrafbar ſich darſtellt. Dieſe Nothwendigkeit bezieht ſich insbeſondere auf den ſchwankenden Begriff der „Liſt," — weniger auf den, einen beſtimmteren Charakter bereits an ſich tragenden Begriff der „Gewalt." Wir müſſen zur Erlangung ſolcher Merkmale beſtimmte Thätigkeiten des Diebes kennzeichnen, in denen die Liſt oder die Gewalt bei der Ausführung ſich kundgibt.

Zu dieſem Zwecke ſtellen wir dem offenen Behältniſſe das geſchloſſene gegenüber. Es läßt ſich wohl ſagen, daß der urſprüngliche Begriff des Behältniſſes auf das Geſchloſſenſein hindeutet. Es wird in dem Behältniſſe eine Sache „behalten," gehalten, d. i. aufbewahrt in der Maße, daß ſie durch das Behältniß gleichſam gehalten, abgeſperrt, eingeſperrt, eingeſchloſſen iſt. Der Begriff des Behältniſſes ſetzt daher urſprünglich die Möglichkeit eines Eingreifens in dasſelbe, einer Oeffnung desſelben, überhaupt eines Zuganges in dasſelbe zur Herausnahme der in ihm enthaltenen Sache nicht voraus. Die Sperre des Behältniſſes kann vielmehr eine ſo totale ſein, daß nur die Zerſtörung desſelben die Möglichkeit der Herausnahme und Aneignung der Sache gewährt.

Der Sprachgebrauch iſt ein anderer geworden. Der offene, deckelloſe Kaſten iſt ebenfalls ein Behältniß, — eine Räumlichkeit, in welcher Sachen aufbewahrt werden. Deſſenungeachtet wird das Behältniß nach ſeiner gewöhnlichen Beſtimmung den Zweck der Aufbewahrung erſt dann völlig erfüllen, wenn es verſchließbar und verſchloſſen iſt. Erſt hierdurch wird die Sache in ihm „behalten," in Wahrheit abgeſperrt und dem Dritten unzugänglich gemacht.

Die Sperre iſt nicht nothwendig eine ſolche, durch welche die Sache in einen räumlichen Gewahrſam gebracht wird, der ſie von allen andern Sachen räumlich trennt. Dasſelbe Behältniß

Digitized by Google

kann eine Mehrheit gleichartiger, sowie verschiedenartiger Gegenstände umfassen. Eine Sache, welche sich in einer Stube des Hauses befindet, ist in der Stube, aber auch im Hause selbst „behalten."

Die Beseitigung dieser Sperre ist das qualificirende Moment; in ihm äußert sich zugleich die Gewalt, bez. die List. Mit der Aeußerung der Gewalt oder der List gegen die Sperre zeigt sich zugleich die größere Gefährlichkeit des Diebes. Das verschlossene Behältniß wird geöffnet und hierdurch der Schirm, welchen die Sache genoß, beseitigt; sie wird ihrem Gewahrsam entzogen.

Die Sperre der Sache wird, wenn sie ihren Zweck einigermaßen erreichen soll, auch da, wo sie in voller Integrität sich nicht befindet oder nur als eine leichte sich darstellt, immer nur auf eine Art beseitigt werden können, welche als Gewalt oder List sich kennzeichnet, dafern letzteren Falls (List) der, welcher sie beseitigt, zu dieser Beseitigung nicht befugt ist. Das Gesetz hat die ordnungswidrige Beseitigung der Sperre nicht im Allgemeinen qualificirt, sondern mit Recht bestimmte Formen derselben hervorgehoben, um dadurch den Begriff der Qualification speciell zu fixiren und ihn vor willkürlichen Anwendungen in der Praxis zu schützen. Die Gewalt und List sind daher die Arten der Oeffnung des verschlossenen Behältnisses.

Allein auch die „Gewalt" und die „List" bedürfen fester und gleichmäßiger Merkmale und Begrenzungen in der Subsumtion ihrer Aeußerungen.

Das Gesetz hat als solche das Erbrechen, sowie das Einsteigen und den falschen Schlüssel aufgestellt. Man kann auch das Einschleichen hierher rechnen. Es sind daher diese Begehungsarten die Formen, in welchen die Gewalt, bez. die List sich äußert, mit welcher der Verschluß eines Behältnisses behufs der Entwendung einer in ihm befindlichen Sache ordnungswidrig beseitigt wird. Der Grundgedanke bleibt jedoch die ordnungswidrige Beseitigung des Verschlusses, — nur daß dieser Gedanke auf bestimmte und im einzelnen Falle leicht fixirbare Aeußerungen und Formen zurückgeführt wird.

Digitized by Google

Das Steigen bezeichneten wir ebenfalls als eine Art der Beseitigung des Verschlusses. Dasselbe enthält zwar nicht eine thatsächliche Aufhebung und Lösung des Verschlusses, wie das Brechen und Aufschließen, wohl aber eine Beseitigung des in ihm liegenden räumlichen Hindernisses, um zu der Sache, welche den Gegenstand der Entwendung bildet, zu gelangen und sie ihrem Gewahrsame zu entziehen. Steht auch z. B. das Fenster der Stube offen, in welche eingestiegen worden, so ist doch die Höhe desselben und insbesondere die Mauer des Gebäudes gewiß ein Verschluß der Gegenstände in der Stube. Der Inhaber einer Stube erachtet die in ihr befindlichen Gegenstände ebenfalls für verwahrt, auch wenn das Fenster der Stube offen steht, dafern nur nicht das bloße Hineinlangen durch das Fenster möglich ist, um die Gegenstände zu erfassen und herauszuholen. Zwar kann die Sorglosigkeit des Inhabers der Sache in der Art ihrer Aufbewahrung möglicherweise die Aufbewahrung als eine sehr leichtsinnige und wenig genügende erscheinen lassen. Allein die Art der Aufbewahrung ist bei unserer Frage nicht maßgebend. Sie kann von Einfluß bei der Frage sein, ob der Dieb erhebliche räumliche Schwierigkeiten zu überwinden hatte, und in dessen Folge auch von Einfluß bei der Strafabmessung werden; aber sie kann keinen Einfluß auf die Beantwortung der Frage gewinnen, ob die Sache verschlossen gewesen? Es ist überhaupt (wie wir bei den einzelnen Qualificationsarten näher sehen werden) bei der Frage, ob die Qualification vorhanden sei? auf die etwa bei der Verwahrung der Sache sich kundgebende culpa des Besitzers keine Rücksicht zu nehmen. Ebenso ist, wie wir später weiter ausführen werden, die Art des Verschlusses selbst, je nachdem sie eine besondere Schwierigkeit zur Ueberwindung darbietet oder nicht, für die Qualificationsfrage gleichgiltig.

Es genügt hier festzustellen, daß durch das Steigen der Zugang zu der verschlossenen Sache erlangt wurde, daß das Steigen das Mittel zu diesem Zugange war. Das Steigen auf den Baum, um daselbst die Früchte desselben zu stehlen, qualificirt ebensowenig, als das Aufsteigen am Hause, um einen an der Außenseite desselben aufgehangenen Gegenstand zu entwenden. Die

Digitized by Google

in der Stube des Hauſes befindliche Sache wird dagegen durch die Mauer des Hauſes verwahrt und abgeſperrt, — ſie befindet ſich in dem Hauſe, — ſie iſt in einem verſchloſſenen Behältniſſe.

Dadurch, daß das Fenſter offen ſteht, wird der Begriff des Verſchluſſes nicht beſeitigt. Es iſt das Fenſter nicht der ordnungsmäßige Zugang zur Sache und das Eindringen oder Eintreten durch dasſelbe nicht der Weg zu derſelben. Der Verſchluß liegt hier, wie bemerkt, in der Mauer des Gebäudes. Dieſer Verſchluß wird durch das oben charakteriſirte Aufſteigen beſeitigt. Daher iſt auch die am offenen Parterrefenſter liegende Sache nicht verſchloſſen. Die Mauer iſt hier nicht ſo hoch, daß ſie das ſofortige Zulangen des Diebes ausſchlöſſe.

Allerdings fragt es ſich hiernach, ob es nicht conſequenter wäre, das Aufſteigen am Hauſe und das dadurch ermöglichte Herauslangen einer Sache aus der Stube durch das Fenſter zu qualificiren, — nicht aber zur Qualification auch das Einſteigen in das Gebäude ſelbſt zu erfordern? Ohnedem wird jetzt ziemlich allgemein bei dem Einbruchsdiebſtahle zur Qualification nicht das Einbrechen in das Gebäude erfordert, ſondern bereits das Erbrechen des Gebäudes (ohne Eindringen in dasſelbe) für genügend angeſehen. Es wird das Zerſtören des Verſchluſſes, durch welchen die Sache geſchützt wird, qualificirt und zu demſelben iſt der Eintritt in das Gebäude ſelbſt nicht nöthig. Deſſenungeachtet hat man bei dem Diebſtahle durch Steigen meiſtens verlangt, daß der Dieb in das Gebäude ſelbſt eingeſtiegen ſei.

Indem wir das Einſteigen nur als einen Fall der ordnungswidrigen Beſeitigung des Verſchluſſes prädiciren, bietet auch die Qualificirung des „Einkriechens“ „Einſchlüpfens“ nichts Beſonderes, während doch gegenwärtig die geſetzliche Definition des Einſteigens in ihrer Ausdehnung auf das „Einkriechen“ ſprachlich mehr als bedenklich iſt.

Digitized by Google

§. 2.

Die Frage einer Vereinigung der im §. 1. aufgestellten Gesichtspunkte. — Verhältniß des Thatbestandes zu dem des einfachen Diebstahls.

Eine wesentliche Beschränkung der Qualification würde sich dadurch vermitteln lassen, daß man die Gefährdung des Bestohlenen, welche von der älteren Jurisprudenz als wesentliches Requisit bezeichnet wurde, (wenn auch vielleicht mit gewissen Beschränkungen) als Moment des Thatbestandes rehabilitirte, dergestalt, daß man die Casuistik der Jurisprudenz durch Feststellung bestimmter Normen abschnitte. Die Annahme einer Gefährdung des Bestohlenen dürfte nicht, wie in der älteren Jurisprudenz geschehen, von zufälligen Vorkommnissen und von der späteren Haltung des Diebes bei einem Zusammentreffen mit dem Bestohlenen (das ohnedem nur in seltenen Fällen sich ereignet) abhängig gemacht werden, sondern sie müßte auf das Einbrechen (Erbrechen) und Einsteigen in bewohnten Häusern, wo ein Zusammentreffen mit dem Bestohlenen oder andern Personen leicht vorkommen kann, beschränkt werden. Es würde sonach eine Vereinigung der beiden, im Eingange des vorigen §. aufgestellten Gesichtspunkte in Frage kommen. Mit ihr würde sich der Umfang der Qualification und die Zahl der hierher gehörigen Fälle wesentlich mindern. Allein soviel ist andererseits nicht zu bestreiten, daß dieses objective Merkmal (der Gefährdung der häuslichen Sicherheit) meistentheils in der subjectiven Seite des Verbrechens keinen Wiederhall finden würde, da wohl in der Mehrzahl der Fälle, wo der Dieb einbricht oder einsteigt, er möglichst dafür besorgt ist, nicht gehört und dadurch der Gefahr der Entdeckung und Ergreifung ausgesetzt zu werden, überhaupt jedes Zusammentreffen mit den Hausbewohnern thunlichst zu vermeiden sucht und auch im Falle eines Herannahens der letzteren in der Regel die Flucht ergreift. Ist dies aber (wie jeder Praktiker bestätigen wird) der gewöhnliche Fall, so würde die gedachte Vereinigung beider Gesichtspunkte dem praktischen Bedürfnisse nicht entsprechen und eine nicht geringe

Digitized by Google

Zahl ſchwerer Diebſtähle der Kategorie der einfachen Diebſtähle zuweiſen, weil der Dieb zwar eingebrochen und eingeſtiegen iſt, — nicht aber den Fall des Zuſammentreffens mit dem Beſtohlenen in Erwägung genommen hat.

In dem Thatbeſtande des Diebſtahls mit Brechen und Einſteigen zeigt ſich zugleich eine weitere Durchführung derjenigen Anſchauung, von welcher man bei der Conſtruirung des Thatbeſtandes des einfachen Diebſtahls ausgegangen iſt. Das Requiſit der Entziehung der Sache aus dem fremden Gewahrſame erlangt bei dem Thatbeſtande dieſer ausgezeichneten Diebſtähle gleichſam einen potenzirteren Ausdruck und eine concretere Geſtaltung. Es iſt nicht der einfache, ſondern der geſchützte Gewahrſam, aus welchem die Sache entwendet wird; — es iſt nicht blos die Nichtachtung, ſondern eine Verletzung und Beſchädigung des Gewahrſams, — es iſt der Bruch des beſondern Schutzes, mit welchem der Gewahrſam umgeben iſt. Ja, es geſtatten dieſe Diebſtähle ſogar eine Analogie mit dem Raube.

Wie der Räuber die Sache mit Gewalt gegen die Perſon dem Inhaber entzieht, ſo entzieht ſie hier der Dieb dem Inhaber mit rechtswidriger Beſeitigung ihres Verſchluſſes. Dort ſchützte ſie perſönlich der Inhaber, hier an Stelle desſelben der beſondere Verſchluß; — dort ein perſönliches, hier ein ſachliches Hinderniß der ſofortigen Wegnahme, welches der Verbrecher in einer der Natur desſelben entſprechenden Maße zu beſeitigen weiß. Es läßt ſich wohl ſagen, daß auch der qualificirte Diebſtahl wie der Raub in der Ueberwindung des entgegengeſetzten Willens des Inhabers beſtehe. Der Verſchluß der Sache tritt an die Stelle der unmittelbaren Inhabung der Sache Seiten des Beſitzers, — der Verſchluß iſt gleichſam der Repräſentant des Beſitzers und der Ausdruck ſeines Willens; — er erachtet die verſchloſſene Sache für ziemlich eben ſo ſicher, als diejenige, welche er bei ſich trägt. Dort ein ſachlicher, hier ein perſönlicher Schutz.

Digitized by Google

§. 3.

Durchführung des aufgestellten Grundsatzes. — Der Zweck des Verschlusses entscheidet nicht; — Mitbewohner.

Diese Beseitigung der localen Schwierigkeiten, welche dem Zugange zu der versperrten Sache entgegenstehen, ist auch das Kennzeichen der größeren Verwegenheit des Diebes. Jene, wie diese ist aber unabhängig davon, zu welchem speciellen Zwecke die Versperrung der Sache durch den Besitzer erfolgte. Ueberdieß ist möglich, daß hierbei die Intention desselben äußerlich nicht erkennbar und zweifellos ist. Daher kann von ihr nicht die Verschuldung des Diebes, und zwar weder zu seinem Gunsten noch zu seinem Nachtheile, abhängig gemacht werden. Nach Befinden ist sogar bei einzelnen Verwahrungsmitteln der Bestohlene über den speciellen Zweck ihrer Verwendung im Augenblicke derselben sich nicht klar gewesen, z. B. bei dem Versiegeln eines Briefcouverts, in welchem Geld eingelegt ist. Oft wird die Verwahrung nicht eigentlich gegen diebische Eingriffe, als vielmehr zur besseren und bequemeren Aufbewahrung selbst erfolgt sein. Hier würde im einzelnen Falle die Annahme der Qualification leicht von großen, mit der Verschuldung des Diebes in keiner Beziehung stehenden Zufälligkeiten, sowie von Willkürlichkeiten mancher Art abhängen. Oft ist die Verwahrung nur zur Ermöglichung der Aufbewahrung oder des Transports, wie bei flüssigen Gegenständen, erforderlich; jeder weitere Zweck tritt hier von selbst in den Hintergrund.[1])

Eine gleichmäßige Behandlung der vorkommenden Fälle, wie eine der Verschuldung des Diebes entsprechende Aburtheilung ist nur bei der Aufstellung allgemeiner und äußerlich bestimmt erkennbarer Merkmale zu erzielen. Das objective Merkmal des Verschlusses, sowie die Beseitigung desselben durch Brechen oder

1) So ist in einem, in Zu Rheins Sammlung ꝛc. Bd. I. Abth. 16. S. 430 mitgetheilten Erkenntnisse der Diebstahl mittels Anbohrens eines Weinfaßes nicht für ausgezeichnet erachtet worden, weil das Faß wohl ein Aufbewahrungsmittel des Weins, nicht aber ein Verwahrungsmittel zur häuslichen Sicherheit sei.

Digitized by Google

Steigen entsprechen dieser Voraussetzung. Es ist daher bedenklich, die Qualification wieder davon abhängen zu lassen, zu welchem speciellen Zwecke die Verwahrung der Sache, das Legen ꝛc. der Sache in das Behältniß erfolgt ist, oder welche Bestimmung sonst das letztere in der Regel hat.

Es genügt, wenn im Allgemeinen der Zweck der Aufbewahrung oder des Verschlusses der Sache bei dem Einlegen oder Niederlegen derselben in das Behältniß stattfand. Dies wird wohl stets der Fall sein, weil das Behältniß und der Verschluß diesem Zwecke dienen. Die Thatsache, daß die Sache in einem verschlossenen Behältnisse sich befunden, genügt daher zur Feststellung dieses Requisits.

Ob dagegen die Aufbewahrung dauernd oder nur vorübergehend erfolgt, ist dabei gleichgiltig; auch z. B. die eingemauerte Sache wird in der Mauer aufbewahrt.

Wir werden hierdurch von selbst auf das Requisit geleitet, daß die Behaltung der Sache in dem Behältnisse durch Menschenhand bewirkt ist. Naturereignisse, durch welche eine Umhüllung der Sache geschaffen wird, reichen nicht hin; z. B. die Schneewand, welche das Fenster bedeckt und von dem Diebe durchbrochen wird, um an das Fenster zu gelangen, ist kein Verschluß des letzteren. Wohl aber können derartige Ortsveränderungen von dem Menschen bei Aufbewahrung von Sachen mitbenutzt und dadurch Behältnisse geschaffen werden; z. B. der hohle Baum, die Felsenhöhle ꝛc.

Nach den obigen Ausführungen kann darauf nichts ankommen, ob das Behältniß im Gebäude oder im Freien sich befunden, ob das Gebäude, in welches eingebrochen oder eingestiegen wird, bewohnt gewesen oder nicht, ob das Einsteigen bei Tage oder bei Nacht erfolgt ist.

Hiermit steht die Frage in Verbindung, ob der Diebstahl mit Einbrechen oder Einsteigen auch von einem Mitbewohner des Hauses (bez. in welchem das Behältniß sich befindet) verübt werden könne? Bei dem Einbrechen oder richtiger Erbrechen, wenn dieses allein und ohne weitere Beschränkung qualificirt, ist die Frage selbstverständlich zu bejahen. Anders bei dem Einsteigen.

Digitized by Google

Wenn Jemand in dem Hause, in welchem er wohnt, in den, einem Mitbewohner gehörenden Raum einsteigt, so läßt sich noch nicht ohne Weiteres behaupten, daß dadurch der Verschluß der in dem Raume befindlichen Gegenstände beseitigt worden sei, wie bei dem Einsteigen in das Gebäude von Außen. A steigt in den offenen, über der Küche gelegenen Holzstall, und entwendet daselbst Holz. Man kann nicht sagen, daß für den Mitbewohner des Hauses das Holz eine versperrte Sache gewesen. Der Unterschied mit dem Falle, wo die Sache durch die Hausmauer gegen das Einsteigen von Außen geschützt wird, liegt klar vor. Die Nothwendigkeit des Aufsteigens im Gebäude, um zu der Sache zu gelangen, begründet noch nicht die Annahme des Verschlusses. Ebenso ist bei dem Erbrechen die Frage zweifelhaft, dafern das Erbrechen eines Behältnisses nur dann für qualificirt erachtet wird, wenn es in einem bewohnten Hause gestanden. Wir behalten uns jedoch vor, auf diese Frage bei der Erklärung des Begriffs „Wohngebäude" und in dem Abschnitte vom Diebstahle mit Einsteigen zurückzukommen.

§. 4.

Der bewaffnete Diebstahl.

Die legislatorische Behandlung des bewaffneten Diebstahls bietet in mehrfacher Beziehung Schwierigkeiten dar, wie auch bezüglich seiner eine sehr verschiedene Auffassung in den neuen Gesetzbüchern uns entgegentritt und in der Praxis sehr erhebliche Controversen die Anwendung des Gesetzes erschweren. Es kann nicht verkannt werden, daß die Verwandtschaft dieser Diebstahlsart mit dem Begriffe des Raubes öfters auf die scharfe Ab- und Begrenzung derselben nachtheilig eingewirkt hat und daß bei der Begriffsbestimmung häufig der Fall mit in's Auge gefaßt worden, in welchem der Dieb von den Waffen Gebrauch gemacht hat, sei es zur Sicherung seiner Person, sei es zur Behauptung des Entwendeten. Der Fall des Waffengebrauchs berührt aber in keiner Weise den Thatbestand des Diebstahls, am wenigsten, wenn der Act der Entwendung bereits vollendet war. Wird die Gewalt

Digitized by Google

vor Beendigung dieſes Acts behufs der Vollendung der Aneignung verübt, ſo geht die That in das Verbrechen des Raubes über. Dieſe Anſicht iſt aber eine einfache Conſequenz und bedarf in keiner Weiſe der beſondern Berückſichtigung in dem Geſetze.

Der bewaffnete Diebſtahl unterſcheidet ſich weſentlich von dem Diebſtahle durch Einbrechen und Einſteigen. Das Brechen und das Steigen hebt den Verſchluß einer Sache auf und iſt das Mittel für den Zugang zur Sache; — die Waffe, welche der Dieb führt, iſt nicht nothwendig ein Werkzeug für die Begehung des Diebſtahls. Der Zweck der Bewaffnung richtet ſich nicht auf den Diebſtahl und die zu entwendende Sache, ſondern auf den Dieb ſelbſt und gegen den Entdecker. Dieſer Zweck geht gleichſam nebenher und iſt an ſich kein Moment in dem Thatbeſtande des Diebſtahls, deſſen Ausführung von der Bewaffnung unabhängig iſt.

Die Abſicht, eventuell Gewalt gegen die Perſon zu verüben, zeigt eine beſonders ſchwere Verwegenheit des Diebes. Der gewöhnliche Dieb ſcheut ſich vor dem Zuſammentreffen mit dem Beſtohlenen ꝛc., der bewaffnete Dieb ſucht es zwar nicht auf, trifft aber für den Fall des Zuſammentreffens ſeine Maßregeln, und dieſe richten ſich auf eine Gewalt gegen die Perſon ſelbſt.

Nur uneigentlich kann man hier von einer ſchweren Begehungsart ſprechen und die Bewaffnung mit dem Einbrechen und Einſteigen zuſammenſtellen. Die rechtsgeſchichtlichen Gründe, welche den Verfaſſer der Carolina hierzu beſtimmten, ſind jetzt nicht mehr maßgebend. Die einzige Verwandtſchaft, welche ſich noch darbietet, iſt theils die beſondere Verwegenheit des Diebes in allen dieſen Fällen, theils die Rückſicht, daß das Object des Diebſtahls auch bei dem bewaffneten Diebſtahle nicht für die Qualification entſcheidet, ſondern eine beſtimmte, jene beſondere Verwegenheit kennzeichnende Thätigkeit des Diebes. Der bewaffnete Dieb kann daher, wenn man ihm nicht eine völlig exceptionelle Stellung im Geſetzbuche anweiſen will, wie z. B. im Geſetzbuche von Sachſen (wo er als „beſonders ausgezeichneter Diebſtahl“ und in völlig abweichender Weiſe behandelt wird), höchſtens mit den, durch ihre Begehungsart qualificirten Diebſtählen zuſammengeſtellt werden.

Digitized by Google

§. 5.

Die Vollendung bei diesen Diebstahlsarten.

Das Einbrechen und das Einsteigen sind Begehungsarten des Diebstahls. Jenes wie dieses qualificirt daher nur, wenn es in Absicht auf einen Diebstahl und dessen Ausführung, welcher es als Mittel dienen soll, vorgenommen wurde.

Indem es Mittel zum Zwecke ist, kann es nicht weiter qualificiren, sobald der Zweck erreicht ist und daher aufhört, das Mittel zu sein; — dies ist der Fall, wenn der Dieb die Sache an sich genommen hat und daher der Diebstahl vollendet ist. Das Brechen oder Steigen des Diebes nach Vollendung des Diebstahls kann dem letztern nicht nachträglich eine Qualification verleihen, welche ihm nicht beiwohnte. Es ist vielmehr dieses Gebahren des Diebes ein selbstständiges Factum. Bezieht es sich auf den Gegenstand des Diebstahls, so ist ein Gebahren mit der bereits gestohlenen Sache, — nicht die Absicht zum Stehlen, sondern z. B. das Gestohlene zu sichern, also nicht eine diebische Absicht ist der Bestimmungsgrund. Ebenso wenig wird dadurch, daß der Diebstahl mit Brechen oder Steigen ausgeführt worden, an der allgemeinen Vorschrift über die Vollendung des Diebstahls etwas geändert. Der einfache, wie der qualificirte Diebstahl haben hier denselben Thatbestand, — nur in Bezug auf das Mittel zur Entwendung differiren sie. Wir werden aber bei dem Diebstahle mit Erbrechen sehen, daß die neue Doctrin mehrfach von diesen Sätzen abgewichen ist.

Die Bewaffnung des Diebes bei dem bewaffneten Diebstahle ist, wie bemerkt, an sich keine Art der Begehung, aber ein dieselbe begleitendes Moment. Ist die Entwendung vollendet, so verliert dadurch naturgemäß dieses Moment seine Bedeutung. Das Ergreifen von Waffen nach dem Diebstahle kann den Charakter des letzteren nicht mehr ändern und der Gebrauch der Waffe nach dem Diebstahle nur als eine selbstständige Handlung aufgefaßt werden. Der Dieb, welcher nach Vollendung des Diebstahls Waffen gebraucht, sei es zur Sicherung des Entwendeten, sei es

Digitized by Google

seiner Person, ist ebenso zu behandeln, wie der Dieb, welcher nach Vollendung des Diebstahls aus bricht oder aus steigt.

§. 6.

Eintheilung des ausgezeichneten Diebstahls in den neuen Gesetzbüchern.

Die Bestimmungen der neuen Gesetzbücher über den ausgezeichneten Diebstahl bieten ein ziemlich willkürliches Gemisch von Qualifications-Gründen, und sind ein neuer Beleg für den Vorwurf der Casuistik und übergroßer Specialität, welcher manchem dieser Gesetzbücher mit Recht gemacht wird. Das weite Strafmaß, welches dem Richter eingeräumt worden, macht ohnedem eine so weite Ausdehnung des Gebiets der ausgezeichneten Diebstähle, sowie die besondere Hervorhebung und anderweite Auszeichnung einzelner Klassen desselben mit erhöhter Strafe überflüssig. Dies gilt auch von den sogen. (einfachen) Diebstählen mit Erschwerungsgründen, welche man in mehreren Gesetzbüchern zwischen die Kategorien der einfachen und der ausgezeichneten Diebstähle eingeschoben hat, und von der in manchen Gesetzbüchern nach dem Vorgange des Code pénal Art. 381 f. eingeführten zweiten (geringeren) Klasse der ausgezeichneten Diebstähle. In dieser Klasse hat man insbesondere die qualificirten Diebstähle wiederholt, wenn sie nicht die gesammten, bei der ersten Classe für nöthig erachteten Requisite der Qualification, sondern nur einige derselben enthalten. So wird z. B. das Einbrechen häufig unter zwei Kategorien gestellt und gestraft, je nachdem der Dieb in das Haus selbst eingedrungen oder aber, ohne in das Haus einzudringen, die Sache aus dem Hause durch die gemachte oder erweiterte Oeffnung herausgezogen hat; — ferner je nachdem das Einbrechen und Einsteigen in bewohnte oder nicht bewohnte Gebäude erfolgt ist.

Wir wiederholen bezüglich der sogen. einfachen Diebstähle mit Erschwerungsgründen die Ansicht, daß zur Einführung dieser speciellen Erschwerungsgründe ein praktisches Bedürfniß durchaus nicht vorhanden, und die Versicherung, daß wir tagtäglich diese Ansicht in der Praxis bestätigt finden. Die zweite (geringere)

Digitized by Google

Klasse der ausgezeichneten Diebstähle dagegen anlangend, so sind in dieselbe in mehreren Gesetzen Diebstähle aufgenommen worden, bei denen die gewöhnlichen Strafrahmen eine vollkommen ausreichende Möglichkeit zu gerechter Ahndung derselben darbieten.

Im Allgemeinen lassen sich zwei Gruppen von Auszeichnungen in den neuen Gesetzbüchern unterscheiden.[1]) Die erste Gruppe umfaßt die Fälle, bei welchen die Qualification darin gefunden wird, daß die Entwendung an Gegenständen verübt worden, welche entweder überhaupt oder unter besondern Umständen oder im Verhältnisse zu der Person des Diebes schwer zu verwahren, oder endlich welche besonders heilig oder wichtig sind. Hierher gehören Diebstähle an befriedeten Sachen, an Vieh auf der Weide oder in Pferchen oder in Wildgärten, auf Märkten, Messen ꝛc., auf öffentlichen Flüssen, an dem Gepäcke der Reisenden, an den von Schiffern, Fuhrleuten oder Boten verfahrenen Sachen, — Diebstähle, welche von dem Hausgesinde, den Lehrlingen, Fabrikarbeitern ꝛc. an dem Hausherrn, von Gastwirthen an den Gästen ꝛc. begangen werden (Hausdiebstahl), — Diebstähle, welche bei Gelegenheit einer Feuers- oder Wassersnoth, Kriegsgefahr ꝛc., — Diebstähle, welche an zum Gottesdienste bestimmten Sachen oder in Kirchen (Kirchendiebstahl), in Residenzschlössern (Hofdiebstahl), an Erzen und in Bergwerken, an öffentlichen Bauten, an Leichen ꝛc. verübt werden.

Die zweite Gruppe umfaßt die sogen. gefährlichen Diebstähle. Es entscheidet hier die Begehungsart. Die Geflissenheit oder Gefährlichkeit des Diebes, welche in der Art der Begehung sich ausspricht, ist das gemeinsame Merkmal. Das Gesetzbuch für Baden hat die bedeutendsten Arten unter dem Namen „gefährliche", — das (ältere, nicht auch das gegenwärtige) Gesetzbuch für Bayern und das Gesetzbuch von Oldenburg haben sie unter dem Namen „geflissengefährliche" zusammengefaßt. Hierher gehören die gemein-

1) Vgl. hier auch Häberlin, Grundsätze, Bd. IV. S. 31 f. Weeber, Abhandl. a. d. Gebiete vergleichender Strafgesetzkunde. (Olmütz, 1861.) §. 47 f.

Digitized by Google

rechtlich als gefährliche Diebstähle ausgezeichneten Fälle des Einbruchs, des Einsteigens und der Bewaffnung. Diese, in Art. 159 der Carolina hervorgehobenen Fälle sind durch die Diebstähle mit Einschleichen, bez. bei Nacht, und mit falschen Schlüsseln vermehrt worden. Einige Gesetzbücher zählen hierher noch den Banden- und den gewerbmäßigen Diebstahl.

Bei dieser zweiten Gruppe findet sich zwar nicht eine gleiche, aber immer noch bedeutende Verschiedenheit in den einzelnen Gesetzbüchern. Allerdings bieten auch die hierher gehörigen Fälle vorzugsweise Stoff zu Streitfragen. Die Praxis in den einzelnen Ländern liefert hierzu reiche Belege. Ob es den neuen Gesetzen gelungen sei, ein bestimmtes Princip für die Behandlung der hierher gehörigen Fälle consequent durchzuführen, möchte wohl bezweifelt werden.

§. 7.

Ueber die Behandlung des Diebstahls mit Einbrechen und Einsteigen in den neuen Gesetzbüchern.

Im Allgemeinen haben bei dem Diebstahle mit Einbrechen und Einsteigen die neuen Gesetze den Schwerpunkt auf die, in der That sich äußernde vorzügliche Festigkeit des verbrecherischen Willens gelegt, in Uebereinstimmung mit den auch sonst geltenden Grundsätzen, ohne eine besondere Gefahr für den Bestohlenen als Thatbestandsrequisit zu erfordern. Mit dieser Auffassung steht es in Uebereinstimmung, wenn man den Diebstahl mit Nachschlüsseln und mit Einschleichen qualificirte. Was dort die in der Gewalt sich äußernde Kühnheit, — das ist hier die in der List und Verschlagenheit sich äußernde Hartnäckigkeit des Diebes.

Die Frage, welches der leitende Gesichtspunkt der Auszeichnung sei, kehrte namentlich auch bei dem Erbrechen von Kisten ꝛc., die nicht in einem bewohnten Hause sich befinden, so wie bei dem Erbrechen und dem Einsteigen in unbewohnte Räume wieder. Sie ist von den neuen Gesetzen verschieden beantwortet worden.

Digitized by Google

Dabei zeigt sich häufig in den neuen Gesetzen eine, die Anwendung des Gesetzes sehr erschwerende Casuistik.[1])

Die Strafen des ausgezeichneten Diebstahls sind gegenwärtig an sich milder, als die in der Carolina für ihn festgestellten; — sie sind aber auch insoferne strenger, als der Kreis der Qualification weit über die Bestimmung der Carolina ausgedehnt worden. Die maßlose Härte des Code pénal ist hierbei nicht ohne Einfluß geblieben.

Dazu kommt, daß man den ausgezeichneten Diebstahl unbedingt der Jury überwiesen und zur Feststellung der Competenz für diese ein ziemlich hohes Strafminimum angenommen hat.

Das Oesterreich. Gesetzbuch qualificirt weder das Einsteigen, noch das Erbrechen, indem es lediglich den Diebstahl an „versperrten Sachen" qualificirt. Es ist hier die Art und Weise, wie der Dieb, ungeachtet des Hindernisses, zu der versperrten Sache gelangte, gleichgiltig.[2]) Es entscheidet nicht die Art, wie, sondern der Gegenstand, an welchem der Diebstahl verübt worden ist; — es ist die Sperre, durch welche der Gegenstand geschützt und welche vom Diebe, mit Gewalt, List ꝛc., beseitigt wird. Das Oesterr. Gesetzbuch hat hierdurch den, den meisten Gesetzbüchern unterliegenden Gedanken bestimmter ausgedrückt und eine Menge von Controversen abgeschnitten.

Das k. Sächs. Strafgesetzbuch hat in Art. 278 für die Strafe des ausgezeichneten Diebstahls bis mit zehn Thalern die Modification getroffen, daß der Richter „in Fällen von geringerer Bedeutung" ermächtigt ist, (statt der schweren Freiheitsstrafe) auf Gefängniß von zwei bis vier Monaten zu erkennen. Diese Bestimmung hat sich in praxi sehr gut bewährt. Mit ihr ist die Vorschrift der Straf-P.-O. zu verbinden, nach welcher das Collegialgericht — mit Zustimmung des Staatsanwalts — befugt ist, eine an sich zu seiner Competenz gehörige Sache an das Gericht der nächsten Ordnung zu verweisen, wenn nach Lage der

1) Vgl. hier auch Häberlin, Grundsätze des Crim. Rechts ꝛc. Bd. IV. S. 69 f.

2) Vgl. Herbst, Handb. ꝛc. Bd. I. S. 344.

Digitized by Google

Sache eine die Dauer von vier Monaten Gefängniß übersteigende Strafe nicht zu erwarten ist. Auch mit dieser Vorschrift ist für eine rasche und zweckentsprechende Aburtheilung solcher qualificirter Diebstähle gesorgt, die in Wahrheit eine besondere Bedeutung nicht beanspruchen.

Aehnliche Bestimmungen, daß in besonders milden Fällen auf eine niedrigere Strafe erkannt werden könne, finden sich auch in anderen Gesetzgebungen; — das Preuß. Strafgesetzbuch läßt die Feststellung mildernder Umstände zu und ermächtigt das Gericht für diesen Fall zu bedeutender Strafherabsetzung.

Diese mildere Beurtheilung wird aber auch in Hinblick auf die Ausdehnung, welche die Qualification erhalten, eine dringende Nothwendigkeit. Das weite Strafmaß gibt dabei hinreichenden Raum zu angemessener Bestrafung der schweren und schwersten Fälle.

§. 8.

Die Bestimmungen der neuen Gesetzbücher über die Diebstähle mit Einbrechen und Einsteigen.

Diese Bestimmungen führen wir in der nachfolgenden Zusammenstellung vor. Sie bieten an sich und in dieser Zusammenstellung schon einen interessanten Ueberblick, wie auch Stoff zu mancher Vergleichung. Hierbei übergehen wir einstweilen die gesetzlichen Definitionen des innern und äußern Einbruchs, so wie des Einsteigens.

Das k. Bayerische Diebstahls-Gesetz vom 25. März 1816 bestimmt (in Abänderung des GB. von Bayern v. J. 1813) in Art. VI. unter der Ueberschrift: „Von ausgezeichneten Diebstählen:" Der Diebstahl ist ohne Rücksicht auf den Betrag des Entwendeten ein Verbrechen: wenn der Dieb, um stehlen zu können, in ein Haus oder den dazu gehörigen geschlossenen Hofraum, oder in ein darin stehendes Gebäude eingebrochen ist, oder wenn er die darin befindlichen Thüren oder Behältnisse erbrochen, oder aufgesprengt, oder daran die Schlösser mit Instrumenten, z. B. Sperrhaken, Dietrichen, nachgemachten Schlüsseln, oder auf andere unerlaubte

Digitized by Google

Art, oder auch mit den rechten Schlüsseln, welche er sich vorher heimlich oder mit List verschaffte, geöffnet hat. Das Einsteigen und der Einbruch in einsam stehende unbewohnte Gebäude, sowie das Erbrechen der darin oder im Freien stehenden Behältnisse und das Oeffnen der hierin befindlichen Schlösser ist als erschwerender Umstand des einfachen Diebstahls zu betrachten.

Das Gesetzbuch von Oldenburg bestimmt in Art. 226.: Wegen besonderer Geflissenheit oder Gefährlichkeit sind Diebstähle ohne Rücksicht auf die Summe ausgezeichnet: 1. wenn sich der Dieb in diebischer Absicht in fremde Wohnung oder anderes Gebäude eingeschlichen und daselbst zur Nachtzeit den Diebstahl verübt hat; 2. wenn der Dieb in ein Haus oder anderes Gebäude auf Leitern eingestiegen, oder sonst durch einen andern, als die gewöhnlichen Eingänge hineingedrungen ist; oder 3. wenn er, um stehlen zu können, Gebäude oder Behältnisse gewaltsam erbrochen oder gesprengt, oder mit Dietrichen, oder mit nachgemachten Schlüsseln, die er sich dazu absichtlich verschaffte, oder mit den rechten Schlüsseln, welche von ihm erst heimlich entwendet, oder mit List genommen worden sind, geöffnet hat.

Das k. Sächs. Crim. GB. v. J. 1838 (aufgehoben) und nach ihm das herz. Sachsen-Altenburgische Criminalgesetzbuch bestimmen in Art. 230: Jede Entwendung, welche durch gewaltsames Erbrechen verschlossener Gebäude oder Behältnisse, oder durch Eröffnung derselben mit Diebesinstrumenten, oder durch nächtliches Einsteigen in Gebäude, oder dadurch ausgeführt worden ist, daß der Dieb, um zur Nachtzeit zu stehlen, sich in bewohnte Gebäude eingeschlichen hatte oder hatte einschließen lassen ꝛc.

Das Strafgesetzbuch von Württemberg v. J. 1839 bestimmt in Art. 323: Ein ausgezeichneter Diebstahl „erster Stufe" ist vorhanden: 1. wenn der Dieb, mittelst Einbrechens in bewohnte Gebäude, ohne Eindringen, oder mittelst bloßen Aufsteigens an solchen, Gegenstände aus dem Innern entwendet hat, oder wenn er in unbewohnte Gebäude eingestiegen oder eingebrochen, oder, um zur Nachtzeit zu stehlen, in bewohnte Gebäude eingeschlichen ist, deßgleichen, wenn der Diebstahl durch Erbrechung oder Eröffnung mittelst falscher oder auch mittelst der ächten, aber

Digitized by Google

vom Dieb durch List oder heimlich zur Hand gebrachten Schlüssel begangen worden ist. Art. 324: Ein ausgezeichneter Diebstahl zweiter Stufe ist vorhanden:

1. wenn der Dieb in bewohnte Gebäude eingestiegen oder in dieselben eingebrochen, und nach verübtem Einbruche eingedrungen ist (vgl. Art. 323. Ziff. 4.)

Das Gesetzbuch von Braunschweig v. J. 1840 qualificirt unter Andern in §. 215 die Fälle, wenn der Dieb, um zur Nachtzeit zu stehlen, in eine Wohnung eingedrungen ist, oder innerhalb eines Wohngebäudes Wände, Thüren oder Behälter erbrochen, oder Thüren und Behälter mit Dietrichen oder Nachschlüsseln eröffnet hat. (Ueber dem „Eindringen" wird nach §. 217 insbesondere gewaltsames Einbrechen oder Einsteigen verstanden.)

Das Gesetzbuch vom Großherzogthum Hessen v. J. 1842 bestimmt (und mit ihm übereinstimmend das Gesetzbuch von Nassau) Art. 364: Als besondere Erschwerungsgründe sind bei dem einfachen Diebstahle folgende Umstände anzusehen:

1. wenn der Diebstahl in einem unbewohnten Gebäude, und zwar entweder mit äußerem oder innerem Einbruch, oder durch Einsteigen von Außen verübt worden ist ꝛc. Art. 366: Der Diebstahl ist ein ausgezeichneter, wenn einer der folgenden Umstände dabei eintritt:

Nämlich

1. wenn der Diebstahl in einem bewohnten Gebäude oder in einer Kirche, und zwar entweder mit äußerem oder innerem Einbruch, oder durch Einsteigen von Außen verübt worden ist.

Das Gesetzbuch vom Großherzogthume Baden v. J. 1845 bestimmt:

§. 381. (Strafe des gefährlichen Diebstahls.) Der Diebstahl wird als gefährlicher Diebstahl mit Zuchthaus von Einem Jahre bis zu acht Jahren, in leichteren Fällen mit Arbeitshaus bis zu zwei Jahren bestraft ꝛc.:

2) wenn der Dieb in bewohnte Gebäude, oder andere bewohnte Räume (sollte auch zur Zeit der That Niemand darin

Digitized by Google

gegenwärtig sein), oder in den zu einem bewohnten Gebäude gehörenden, umschlossenen Hofraum, oder in Gebäude, die zu einem solchen Hofraume gehören, wenn sie auch nicht zum Aufenthalt für Menschen bestimmt sind, oder in ein Zimmer, oder einen anderen geschlossenen Raum im Innern eines Gebäudes der einen oder der andern Art, gewaltsam eingebrochen, oder in einer Weise eingestiegen ist, daß er im Falle der Betretung nicht leicht wieder entfliehen konnte.

§. 385. (Erschwerungsgründe.) Als besondere Erschwerungsgründe sind bei dem Diebstahle folgende Umstände anzusehen ꝛc.:

11. wenn er verübt worden ist mittelst Einbrechens oder Einsteigens, ohne daß alle Voraussetzungen des §. 381. Nr. 2. vorhanden sind; oder

12. mittelst gewaltsamer Erbrechung von Schränken, Kisten oder andern Behältnissen.

Das Gesetzbuch von Thüringen verordnet: Art. 221. Wenn der Dieb, um zu stehlen:

1. verschlossene Gebäude, Zimmer oder andere verschlossene Räumlichkeiten, verschlossene Behältnisse zur Aufbewahrung beweglicher Sachen, auch verschlossene zu Gebäuden gehörige Hofräume, unter Anwendung von Gewalt geöffnet, erbrochen oder durchbrochen hat;

2. zur Eröffnung von Schlössern nachgemachte Schlüssel, Dietriche, Sperrhaken oder sonstige Werkzeuge gebraucht hat;

3. in Gebäude oder dazu gehörige umschlossene Hofräume zur Nachtzeit (Art. 152) eingestiegen ist.

Das Strafgesetzbuch von Preußen v. J. 1851 qualificirt u. A. in §. 218 den Diebstahl, wenn in einem Gebäude oder in einem umschlossenen Raume vermittelst Einbruchs oder Einsteigens gestohlen wird.

Das neue k. Sächs. Strafgesetzbuch v. J. 1855 bestimmt in Art. 278: Ist der Diebstahl durch einen oder mehrere der nachstehend angeführten Umstände ausgezeichnet, nämlich:

Digitized by Google

1. daß der Diebstahl mittelst Erbrechung ausgeführt worden ist, indem der Dieb auf gewaltsame Weise

a. in ein Gebäude, um in dasselbe einzudringen, oder um Gegenstände, welche sich im Innern desselben befinden, zu erlangen, eine Oeffnung gemacht, oder eine in einer solchen bereits vorhandene Oeffnung erweitert, oder den Verschluß derselben beseitigt, oder

b. verschlossene Behältnisse, welche zum Schutze gegen fremde Eingriffe bestimmt sind, geöffnet hat,

2) daß der Dieb zur Oeffnung verschlossener Gebäude oder Behältnisse falsche Schlüssel oder andere zur ordnungsmäßigen Oeffnung des Verschlusses nicht bestimmte Werkzeuge angewendet hat,

3) daß der Dieb, um zu stehlen, in ein Gebäude eingestiegen ist.

Das k. Hannov. Gesetzbuch v. 20. April 1857 (zur Abänderung des Crim. GB.) verordnet in §. 6: Der Diebstahl soll als ausgezeichneter Diebstahl zweiter (schwererer) Klasse mit Zuchthaus und in sehr schweren Fällen mit Kettenstrafe bis zu fünfzehn Jahren bestraft werden ꝛc.:

3. wenn der Dieb behuf Vollführung des Diebstahls in ein Gebäude eingestiegen ist;

4. wenn der Dieb behuf Vollführung des Diebstahls:

a. mittelst Gewalt an Wänden, Dächern, Thüren, Fenstern oder sonstigen Vorrichtungen, welche das Eindringen in ein Gebäude verhindern, einen vorher nicht vorhanden gewesenen oder geschlossenen Eingang eröffnet, oder eine schon vorhanden gewesene Oeffnung zum Einbringen erweitert, oder sonst eine Oeffnung gemacht hat, mittelst welcher er den Eingang sich bahnte oder auch ohne einzudringen, den Diebstahl vollbringen konnte;

b. im Innern eines Gebäudes in vorstehender Weise Wände, Thüren, Fenster, Luken oder ähnliche Vorrichtungen, Eingänge oder Durchgänge, Schränke, Kisten oder andre Behältnisse eröffnet hat.

Das Gesetzbuch von Bayern v. J. 1861 bestimmt: Mit Zuchthaus bis zu zwölf Jahren ist vorbehaltlich der Bestimmungen der Artikel 284—287 der Diebstahl zu bestrafen:

Digitized by Google

2. wenn der Diebſtahl in einem bewohnten Gebäude oder in dem dazu gehörigen und mit dem bewohnten Gebäude in innerer Durchgangsverbindung ſtehenden umſchloſſenen Raume mittelſt Einbruchs oder Einſteigens oder rechtswidrigen Gebrauches von Schlüſſeln verübt worden iſt und der Werth des Geſtohlenen die Summe von hundert Gulden überſteigt.

Der Entwurf von Bremen ſchlägt vor: §. 399. Der Diebſtahl wird mit Gefängniß nicht unter drei Monaten, in leichteren Fällen nicht unter vier Wochen beſtraft ꝛc.:

3. wenn auf einem öffentlichen Wege, einer Straße oder einer Waſſerſtraße, auf einer Eiſenbahn, einem öffentlichen Platze oder einem Eiſenbahnhofe, in einem Poſtgebäude oder dem dazu gehörigen Hofraum eine zum Reiſegepäck oder zu andern Gegenſtänden des Transports gehörige Sache, mittelſt Erbrechens oder mittelſt Abſchneidens oder Ablöſens der Befeſtigungs- oder Bewahrungsmittel, oder mittelſt Anwendung falſcher Schlüſſel geſtohlen wird ꝛc.;

8. wenn der Diebſtahl an Sachen, welche in einem bewohnten Gebäude ſich befinden, mittelſt Einbruchs oder Einſteigens oder mittelſt falſcher Schlüſſel verübt wird.

Digitized by Google

Zweite Abtheilung.

Besonderer Theil.

Erster Abschnitt.

Gebäude — Wohnhaus — bewohnte Gebäude — „umschlossener Raum" — Mitbewohner — der „dazu gehörige Hofraum."

§. 1.

Erklärungen der Bezeichnungen: „Gebäude, Wohnhaus, bewohntes Gebäude" — Mitbewohner.

In den deutschen Volksrechten wie in dem Rechte des Mittelalters wird häufig dem Hause der dazu gehörige geschlossene Hofraum mit den in ihm befindlichen Gebäulichkeiten gleichgestellt.[1]) Mehrseitig wird behauptet, daß unter „Behaltung" in Art. 159 der Carolina der zu dem Wohnhause gehörige Hofraum mitbegriffen sei.[2])

Was ist ein Gebäude? Was ist ein Wohngebäude? Was ist ein bewohntes Gebäude?[3])

Der Unterschied zwischen bewohnten und unbewohnten Gebäuden hat in neuerer Zeit insbesondere bei der Lehre von Brand-

---

1) Vgl. Köstlin, Krit. Ueberschau ꝛc. Bd. III. S. 188 in Verb. mit Geib, im N. Archive ꝛc. 1847. S. 522 f.

2) Geib, a. a. O. Mittermaier zu Feuerbach's Lehrb. §. 335. Not. I.

3) In Preußen ist darüber discutirt worden, ob die beiden ersteren Begriffe thatsächlicher oder rechtlicher Natur seien? vgl. Krämel in Goltdammer's Archive Bd. III. S. 215 f.

Digitized by Google

ſtiftung an Bedeutung gewonnen. Man hat geltend gemacht, daß der in einem bewohnten Gebäude verübte Diebſtahl eine größere Frechheit und Gefliſſenheit des Diebes bekunde, alſo ein ſubjectives erſchwerendes Moment; dagegen bei der Brandſtiftung ein objectives Moment die Brandſtiftung an bewohnten Gebäuden zu einer beſondern Gattung erhebe, nämlich die zu der Gefahr für das Eigenthum hinzutretende Gefahr für Perſonen.[1]) Wir können dieſen Unterſchied nicht anerkennen, indem das objective Moment wie das ſubjective gleichſam aus derſelben Wurzel entſproſſen ſind und das Betreten des Wohngebäudes durch den Dieb die Bewohner des Hauſes ebenfalls einer Gefahr ausſetzt; nur inſoweit macht ein Unterſchied ſich geltend, als in dem Betreten des Hauſes und der Gefahr perſönlicher Begegnung des Diebes mit den Bewohnern eine größere Verwegenheit ſich kund gibt, welche bei dem Brandſtifter, der meiſtentheils das Gebäude von Außen anzündet, nicht vorhanden iſt.

Bei dem „Gebäude" denken wir an eine dauernde Verbindung der Baulichkeit mit dem Erdboden,[2]) — zum Unterſchiede von bloßen „Behältniſſen," bei welchen dieſe Verbindung mindeſtens nicht nöthig iſt. „Behältniß" umfaßt im weitern Sinne auch das „Gebäude." Ein Schäferkarren iſt, obgleich er zugleich dem Schäfer als Schlafſtelle diente, nicht als Gebäude angeſehen worden.[3]) Daſſelbe gilt von den Karren, in welchen herumziehende Gaukler ꝛc. ihre Sachen zu transportiren, aber auch zu ſchlafen pflegen; — von den Marktbuden, Hütten der Obſtwächter ꝛc.

Iſt es ein Gebäude zu nennen, deſſen Bau noch nicht vollendet, das noch nicht unter Dach gebracht iſt? Ein im Bau begriffenes Gebäude wird meiſtens nicht Gebäude genannt. Das O. A. G. zu Dresden nimmt, wenn die Bedachung noch nicht er-

---

1) Oſenbrüggen, Brandſtiftung ꝛc. S. 40 f.

2) Vgl. auch Goltdammer, Archiv, Bd. I. S. 575. Der Code pénal Art. 390 ſagt dagegen: „Est reputé maison habitée tout bâtiment, logement, loge, cabane même mobile etc."

3) Vgl. Goltdammer, a. a. O.

Digitized by Google

folgt ist, ein „Gebäude" nicht an.[1]) Nach der ratio legis möchte das „Gebäude" fertig sein, wenn es mit verschließbaren Thüren und Fenstern versehen und hierdurch geeignet worden ist, zur Aufbewahrung und Sicherung von Sachen (auch von den Werkzeugen ꝛc. der mit dem Baue beschäftigten Arbeitsleute) zu dienen.[2]) Es erfüllt sodann seine Bestimmung als „Behältniß." Ist in dem Gebäude (provisorisch) ein Zimmer eingerichtet, welches verschlossen zur Aufbewahrung von Gegenständen benützt wird, so wird dasselbe auch dann als „Behältniß" anzusehen sein, wenn im Uebrigen das noch nicht vollendete Gebäude einen Verschluß nicht darbietet.[3])

Was ist ein „Wohngebäude?" Ein Gebäude ist dann ein bewohntes Gebäude, aber noch nicht ein „Wohngebäude," wenn es nur vorübergehend bewohnt wird. Ebenso wenig gewährt ihm an sich die Benützung zum vorübergehenden Aufenthalte oder zum Schlafen die Qualität eines Wohngebäudes. Vielmehr wird hierzu vorausgesetzt, daß das Gebäude die dauernde Bestimmung habe, zum Aufenthalte und insbesondere zur Nachtruhe benützt zu werden, und daß dies auch wirklich geschieht.[4]) Unter dieser Voraussetzung kommt auf die sonstige Bestimmung des Gebäudes nichts an; — das Stallgebäude, in welchem der Kutscher schläft, ist ein Wohngebäude.[5])

Eine besondere Vorrichtung im Innern für den längeren Aufenthalt eines Menschen, als Ofen ꝛc.[6]), Meublement ꝛc., ist nicht erforderlich.

---

1) N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht, Bd. IV. S. 494.

2) Krug, Commentar ꝛc. Bd. II. S. 185.

3) Vgl. auch den Fall bei Goltdammer, Archiv Bd. XI. S. 269 f.

4) Der Code pénal sagt: — „qui, sans être actuellement habité, est destiné à l'habitation."

5) Goltdammer, Archiv Bd. I. S. 575. Ebenso wiederholt das O. A. G. zu Dresden. Held und Siebdrat, Commentar ꝛc. S. 314. Vgl. noch Osenbrüggen, a. a. O.

6) Vgl. das Erk. im k. Preuß. Justizmin. Bl. Jahrg. 1853. S. 231.

Digitized by Google

Der Begriff des Wohngebäudes ceſſirt, wenn der Dieb der einzige Bewohner desſelben iſt. Denn außerdem müßte man den Dieb ſowohl als Bewohner wie auch als Extraneus auffaſſen, ihm gleichſam eine doppelte Perſon zuſchreiben. Dieſem Diebe gegenüber iſt der Geſichtspunkt der Gefährdung der Hausbewohner überhaupt nicht möglich.[1]) Anders iſt die Frage zu behandeln, wenn das Geſetz nicht ein bewohntes Gebäude, ſondern überhaupt nur ein Gebäude vorausſetzt.

Der Begriff des „Wohngebäudes" wird dadurch noch nicht ausgeſchloſſen, daß zur Zeit des Diebſtahls die Bewohner in dem Gebäude nicht anweſend waren. Das k. Preuß. Strafgeſetzbuch geht in §. 220 ſoweit, daß durch dieſe Abweſenheit auch die ſtrengere Strafe des Diebſtahls in einem Wohngebäude nicht ausgeſchloſſen werde. Wir halten es für richtiger, die ſtrengere Strafe nicht für verwirkt anzuſehen, wenn der Dieb bei der Verübung des Diebſtahls die Abweſenheit der Hausbewohner gekannt hat. Denn es fehlt ſolchenfalls das objective Moment mit dem auf dasſelbe gerichteten ſchwereren dolus;[2]) ſonach auch das Moment der höheren Gefliſſenheit des Diebes.

Diejenigen Geſetzgebungen, welche ein „bewohntes Gebäude" vorausſetzen, und eine ähnliche Beſtimmung, wie das Geſetzbuch von Preußen nicht enthalten, (z. B. Thüringen, Art. 221. K. Sachſen Art. 278.) ſchließen dadurch von der Qualification denjenigen Fall unbedingt aus, wo das Wohngebäude zur Zeit des Diebſtahls von den Bewohnern verlaſſen geweſen.

Das k. Preuß. Strafgeſetzbuch ſtellt endlich in §. 221 den bewohnten Gebäuden gleich: 1) Schiffe, welche bewohnt werden; 2) die zum Gottesdienſte beſtimmten Gebäude;[3]) 3) diejenigen öffentlichen Gebäude, welche zum Geſchäftsbetriebe oder zur Auf-

---

1) Temme, Beiträge ꝛc. S. 65 f.

2) Vgl. jedoch auch z. B. Baden §. 381, Braunſchweig §. 217. Bayer. GB Art. 277, „ohne Rückſicht darauf, ob ſich zur Zeit der begangenen That Jemand darin aufgehalten."

3) Ebenſo z. B. GB. von Bayern Art. 277. Großh. Heſſen Art. 366 u. Entw. v. Bremen §. 404.

Digitized by Google

bewahrung von Sachen bestimmt sind; und 4) den zu einem bewohnten oder demselben gleichgestellten (Nr. 2. 3.) Gebäude gehörigen umschlossenen Raum und alle darin befindlichen Gebäude jeder Art.

Fraglich ist es, ob der Begriff „Wohngebäude" und mit ihm die hierauf gesetzte Qualification ausgeschlossen ist, wenn ein Mitbewohner des Gebäudes in ihm den Diebstahl ausführt? Im Allgemeinen scheint die Bejahung der Frage deshalb mehr für sich zu haben, als die Verneinung, weil der Schutz und die Were des Hauses gegen die Fremden, und nicht gegen die Mitbewohner gerichtet ist.[1]) Allein gerade darin liegt auch eine Andeutung dafür, daß der Mitbewohner des Hauses von der Qualification mitbetroffen wird. Es kann wohl vorkommen, daß der Mitbewohner in das Haus einbricht oder einsteigt oder einschleicht, um den Verdacht des Diebstahls von sich selbst abzuwenden. Bei dem Einbrechen und Einsteigen verletzt er den, *den übrigen Bewohnern* des Hauses gesicherten Schutz. Wird er bei dem Einbrechen ꝛc. betroffen, so wird ihn die Eigenschaft als Hausbewohner ganz besonders schweren Vorwürfen aussetzen. Er macht sich durch seine Handlung zum extraneus und verletzt, gegenüber den übrigen Bewohnern, den Schutz des Hauses, zu dessen Sicherung er mit verpflichtet war; — er kann sich auf etwas nicht zu seinen Gunsten beziehen, das er durch seine That selbst verletzt. Wir gehen hierbei davon aus, daß der Mitbewohner *von Außen* aus in das Gebäude eindringt und dadurch sich selbst zum extraneus stempelt. Wir werden noch später bei den einzelnen Qualificationsarten, soweit nöthig, und bereits in §. 4 dieses Abschnittes auf die Frage zurückkommen.

---

1) Vgl. hier Bl. f. Rechtsanw. in Bayern, Bd. VIII. S. 371 und Sächs. Ger. Ztg. Bd. II. S. 291.

Digitized by Google

§. 2.

Die gesetzliche Definition des Begriffs „umschlossener Raum."

Das k. Preuß. Gesetzbuch erwähnt in §. 218. 2. neben den Gebäuden noch *selbstständig* den „umschlossenen Raum," so daß der Diebstahl durch Einbrechen oder Einsteigen in letztern auch dann qualificirt ist, wenn er mit einem Gebäude in keiner Verbindung steht. Dagegen stellt es in den *bewohnten* Gebäuden in §. 221. 4. den „*dazu gehörigen* umschlossenen Raum und alle darin befindliche Gebäude jeder Art" gleich. Es definirt ferner in §. 221 den umschlossenen Raum als denjenigen, in welchen man „nur durch den Gebrauch von Schlüsseln oder durch Einbrechen oder Einsteigen gelangen kann."[1])

Das Gesetzbuch von Sachsen Art. 278 stellt den Gebäuden „den *dazu gehörigen* geschlossenen Hofraum nebst allen darin befindlichen Baulichkeiten jeder Art" gleich. In ähnlicher Weise („dazu gehörigen geschlossenen Bezirk" „Hofraum" ꝛc.) die Gesetzbücher von Württemberg, Art. 329., Baden §. 381., Braunschweig, §. 217., Großh. Hessen, Art. 367., Thüringen, Art. 221, Nassau, Art. 360., Waldeck (das sonst beinahe wörtlich das Gesetzbuch von Preußen adoptirt hat) §. 218. 3. und der Entw. von Bremen, §. 404. Meistens wird diese Gleichstellung auf „bewohnte Gebäude" und die dazu gehörigen Räume beschränkt. Das neue Gesetzbuch von Bayern Art. 274. 277. stellt den Gebäuden „den dazu gehörigen und mit dem Gebäude in innerer Durchgangsverbindung stehenden umschlossenen Raum" gleich.

Das Gesetzbuch vom Großherz. Hessen enthält in Art. 367 die gleiche Definition des „Umschlossen" wie sie später die Gesetzbücher von Nassau Art. 362 und Preußen und der Entwurf von Bremen §. 404 angenommen. Das neue Gesetzbuch von Bayern endlich definirt in Art. 278. „umschlossen" „denjenigen Raum, welcher von allen Seiten mit den Umfassungsmauern von Gebäuden

1) Vgl. hierüber Temme, Beiträge ꝛc. S. 76.

Digitized by Google

oder mit einer das Ueberschreiten und das Durchschlüpfen unmöglich machenden Einschließung umgeben ist."

Zu dem „Hofraume" werden endlich die in dem Hofraume befindlichen Gebäulichkeiten, auch wenn sie unbewohnt sind, ausdrücklich in den Gesetzbüchern von Baden, §. 381, Hessen, Art. 367, Nassau, Art. 360, Sachsen, Art. 278, Preußen §. 221 und Bayern Art. 278, sowie in dem Entwurfe von Bremen, §. 404, gerechnet; das Bayersche Gesetzbuch jedoch in folgender Maße: „unbewohnte Gebäude, welche innerhalb desselben (Hofraumes) sich befinden oder mit demselben in innerer Durchgangsverbindung stehen."

Die Gleichstellung des „umschlossenen Raumes" mit dem Gebäude, auch wenn er zu einem Gebäude nicht gehört, dehnt den Umfang des qualificirten Diebstahls bedeutend aus, unterstützt aber die Ansicht, daß nach den neuen Gesetzbüchern in jeder ordnungswidrigen Beseitigung eines Verschlußmittels ein Qualificationsmoment zu erblicken, — nicht aber die Gefährdung des Bestohlenen selbst maßgebend sei.

Wir verdanken Häberlin'n eine lehrreiche Abhandlung[1]) über die Erklärung der Bezeichnungen „umschlossener Hofraum", „umschlossener Raum", „umschlossener Bezirk."

Wir bleiben zunächst bei der Definition des „umschlossenen Raumes" stehen. Soviel ist zuvörderst bei derselben unzweifelhaft, daß irgend eine Verbindung des Hauses mit einem Gebäude nicht vorausgesetzt wird.

Andrerseits ist die Definition so allgemein, daß man unter sie *jedes* Behältniß zählen könnte, da durch dasselbe ein Raum umschlossen wird. Allein dies ist nicht die Auffassung des Gesetzes. Denn so wird z. B. in dem Preuß. Strafgesetzbuch das Behältniß in §. 223. 2 besonders noch aufgeführt und das Obertribunal zu Berlin hat z. B. einen Bienenkorb zwar für ein Be-

1) Criminalarchiv 1857. S. 295 f. Vgl. noch Bopp, ebendas. 1856. S. 128 f. und eine Abh. von uns selbst in der Sächs. Allg. Ger. Ztg. Bd. IV. S. 374 f.

Digitized by Google

hältniß, nicht aber für einen umschlossenen Raum erklärt.[1]) Sonach scheint es, als ob ein Theil der Erdoberfläche durch „Raum" habe bezeichnet werden sollen. (Vergl. auch oben die Definition des G.B. von Bayern). Immerhin bleibt aber der Vorwurf, daß die Definition zu allgemein sei.

Nimmt man die gewöhnliche Sprachbedeutung eines „geschlossenen Raumes" in der hier gebrauchten Beziehung und unter Berücksichtigung der angeführten Kennzeichen des Einbrechens und Einsteigens, so liegt es nahe, zu verlangen, daß die Einfriedigung des Raumes in Verbindung mit dem Erdboden stehe. Der Gänsestall, welcher aus einzelnen wenigen Bretern besteht, die in die Erde eingesteckt sind, ist ein umschlossener Raum, auch wenn die Ausdehnung desselben eine noch so geringe ist. Dagegen ist an sich eine dauernde Verbindung der Einfriedigung mit dem Boden nicht nöthig, obschon der Mangel solcher Verbindung leicht dahin führen kann, daß der Zugang zu dem Innern des Raumes auch auf andere Weise als durch Brechen, Einsteigen oder Aufschließen bewirkt werden kann, z. B. bei einem beweglichen, auf dem Erdboden aufruhenden, jedoch in demselben nicht befestigten Stalle,[2]) wie er, namentlich bei schwächern Thieren, wohl in Bauernhöfen angetroffen wird. Hier ist ein umschlossener Raum, dessen Inhalt jedoch (ohne Schlüssel oder Einbrechen oder Einsteigen) dadurch zugänglich gemacht werden kann, daß der Dieb einfach die Befriedigung und mit ihr das Behältniß selbst auf die Seite hinüberbeugt und umlegt.

Dieser Fall zeigt auch, daß der Begriff der Umfriedigung nicht von der Existenz einer verschließbaren Thüre abhängig gemacht werden darf.[3])

Allein auch die Verbindung mit dem Erdboden kann als ein wesentliches Erforderniß nicht angesehen werden. Die Buden, in welchen an den Chausseen, in den Steinbrüchen ꝛc. die Arbeiter ihre Werkzeuge, Kleidungsstücke ꝛc. zu verwahren, auch bei

1) Goltdammer, Archiv Bd. II. S. 123.

2) Vgl. d. Fall bei Goltdammer, Archiv Bd. X. S. 59 f.

3) Vgl. aber Häberlin, a. a. O. S. 297.

Digitized by Google

Regenwetter ꝛc. Schutz zu ſuchen pflegen, ſind nicht für Gebäude, aber für „umſchloſſene Räume“ erachtet worden. Genau genommen, paßt auch auf ſie dieſe Bezeichnung nicht. Es iſt, wie oben bemerkt wurde, bei dem Begriffe „Raum“ wohl an einen durch eine Einfriedigung umgebenen und abgegrenzten Theil des Erdbodens[1]) gedacht worden, während bei derartigen Buden, die als völlig bewegliche Gegenſtände mit dem Boden, auf welchem ſie ſtehen, in keiner Contiguität ſich befinden, dieſe Bezeichnung nicht in den Vordergrund tritt. Hier iſt am wenigſten eine dauernde Verbindung mit dem Erdboden vorhanden. Dagegen macht ſich bei ihnen wieder das Moment „Verſchloſſenſein“ oder „verſchließbar“ geltend. In einem Falle war die auf dem Felde errichtete Bude obiger Gattung ohne Diele; die Seitenwände derſelben gingen nicht bis auf die Erde herab, ſondern ruhten an den 4 Ecken auf untergelegten großen Steinen. Die Thüre der Bude war verſchloſſen. Der Dieb kroch unter den Wänden auf dem Erdboden in die Bude. Konnte die Bude als ein „umſchloſſener Raum“ in dem Sinne, wie ihn die geſetzliche Definition gibt, angeſehen werden? — In einem andern, dem Obertribunale zu Berlin vorgelegenen Falle waren aus einem Kaſten durch Einſteigen Aale geſtohlen worden; der Kaſten war 22 F. lang, 14 F. breit und 8 F. hoch, aus Planken gezimmert und mit dem Erdboden feſt verbunden in dem Fluſſe aufgeſtellt. Das Obertribunal nahm die Qualification nicht an, da darauf nichts ankäme, daß der Kaſten größer ſei, als die gewöhnlichen Fiſchbehälter, und daß er auf Pfählen ruhe, die in dem Flußbette feſt eingerammt ſeien.[2])

Ueberhaupt iſt das Wort „umſchloſſen“ ſprachlich nicht gleichbedeutend mit „verſchloſſen“ oder „verſchließbar,“ wenn man unter den Letzteren „zugeſchloſſen“, „zuſchließbar“ verſteht. Denn jeder Raum iſt umſchloſſen, zu welchem der Zugang, ohne den Gebrauch beſonderer Mittel, wohin auch Schlüſſel gehören, nicht möglich iſt; es genügt, wenn das bloße „Eintreten“ in den-

1) „tout terrain environné“ Code pénal Art. 391.

2) Goltdammers Archiv Bd. VI. S. 120 f.

Digitized by Google

ſelben unmöglich iſt. Dies iſt auch der Fall, und daher dem Sprachgebrauche nach ein umſchloſſener Raum vorhanden, wenn die Eingangsthüre zwar nicht verſchloſſen, aber doch eingeklinkt oder mit einem an der Außenſeite angebrachten Riegel oder vorgeſteckten Pflocke verſchloſſen iſt. Dennoch iſt ein ſolcher Raum nicht ein „umſchloſſener“ Raum zu nennen, wenn man nicht den Sprachgebrauch, ſondern lediglich die in mehreren Geſetzen aufgeſtellte Definition in Betracht zieht; denn man kann in einen ſolchen Raum einfach durch das Wegziehen des Riegels ꝛc. gelangen[1]), es iſt weder ein Einſteigen noch ein Einbrechen erforderlich; und nur wenn jenes, oder dieſes das alleinige Mittel zu dem Eingange iſt, nennt das Geſetz den Raum „umſchloſſen“. Dies zeigt, daß das Geſetz „umſchloſſen“ und „verſchloſſen“ bez. „verſchließbar“ für gleichbedeutend angeſehen hat.

Das Thüring'ſche Geſetzbuch hat die Bezeichnung „verſchloſſen“ offenbar in andrem Sinne angewendet, als das Wort „umſchloſſen“, welches es in demſelben Artikel gleichfalls gebraucht. Der „Verſchluß“ iſt mehr als das „Umſchloſſenſein“ und weiſt auf eine beſondere Vorrichtung hin, während letzteres nur die Thatſache der Umfriedigung bezeichnet, durch welche der Raum von andern Räumlichkeiten abgetrennt iſt.[2]) Der „Verſchluß“ ſetzt die Exiſtenz einer verſchließbaren Thüre voraus. Dagegen kann man wohl „umſchloſſen“ und „geſchloſſen“ für gleichbedeutend anſehen. Das Thüring. Geſetzbuch ſpricht in Art. 221 von „verſchloſſen“ bei dem Einbruche, — von „umſchloſſen“ bei dem Einſteigen und Einſchleichen; — dieſe Verſchiedenheit hat bei der Verſchiedenheit der gedachten Qualificationsarten offenbar ihre Berechtigung.

Bei der geſetzlichen Begriffsbeſtimmung des „umſchloſſenen Raums“ tritt ferner die Erwägung ein, daß das „Umſchloſſen“ rein objectiv aufzufaſſen iſt und daher der Begriff „umſchloſſen“ ceſſirt, ſobald die Umfriedigung unverſchloſſen iſt und an der einen oder der andern Stelle auch ohne Einſteigen oder Erbrechen freien Zu-

1) Vgl. auch die, dies anerkennende Entſcheidung des Ober-Tribunals zu Berlin, bei Oppenhoff, Sammlung Bd. I. S. 198.

2) Vgl. Egidy, L. v. Diebſtahle S. 117.

Digitized by Google

gang gewährt.[1]) Iſt der Dieb an einer Stelle, wo dieſer freie Zugang nicht vorhanden war, eingeſtiegen oder eingebrochen, ſo iſt dennoch die Qualification ausgeſchloſſen, wenn an einer andern Stelle der Umfriedigung der Dieb einfach in den Raum eintreten konnte, weil z. B. die Thüre unverſchloſſen oder die Umfriedigung ſchadhaft und lückenhaft war. Selbſt wenn letzteres dem Diebe unbekannt geweſen, würde die Qualification hinwegfallen. Hierdurch wird jedoch in die ganze Lehre ein bedenklicher Widerſpruch gebracht, denn man bezweifelt nicht, daß die Qualification des Einſteigens und des Einbrechens in ein Gebäude dadurch nicht ausgeſchloſſen wird, daß die Thüre des letzteren im Augenblicke des Diebſtahls offen geſtanden hat.[2]) Ja, man kommt mit dieſer Auffaſſung des „umſchloſſenen Raums“ in einen unauflöslichen Widerſpruch. Nach der Definition des „Einſteigens“ in §. 222 des Preuß. Strafgeſetzbuchs iſt jeder Eintritt durch eine hierzu nicht beſtimmte „Oeffnung“ als Einſteigen zu betrachten. Nun ſoll ein umſchloſſener Raum derjenige ſein, in den man nur durch „Einſteigen“ gelangen kann. Eine ſchadhafte Mauer, ein lückenhafter Zaun bietet Oeffnungen dar, durch welche Jemand eintreten kann; ſie ſind aber nicht zum Eingehen beſtimmt. Der Dieb „ſteigt (daher nach der geſetzlichen Definition) ein“, — und weil er „einſteigt“ (oder vielmehr durch jene Oeffnung eintritt), die Thüre aber verſchloſſen iſt, ſoll der Raum ein umſchloſſener ſein? während er doch in Wahrheit und überdies gerade an der Stelle, wo der Dieb eintritt, nicht umſchloſſen oder verſchloſſen iſt.

§. 3.

Die Bedeutung von „umſchloſſen“ und „geſchloſſen“.

Was bedeutet nun „umſchloſſen“, „geſchloſſen“? wie muß die Einfriedigung beſchaffen ſein?[3])

---

1) In dieſer Weiſe hat auch das Ober-Tribunal zu Berlin entſchieden. Vgl. aber Häberlin, a. a. O. S. 300 f.

2) Vgl. noch d. Entſcheidung des Obertribunals zu Berlin, in Goltdammer's Archive Bd. VIII. S. 420 f.

3) Der Code pénal ſagt in Art. 391: Est réputé parc ou enclos tout terrain environné de fossés, de pieux, de claies, de planches,

Digitized by Google

Jedenfalls muß sie eine solche sein, welche den Eintritt des Menschen abhalten soll. Niedrige Hecken, welche den Eintritt des Viehes abhalten sollen, sind, da sie einfach überschritten werden können, nicht hierher zu rechnen.[1]) Die „Schwierigkeit" des Uebersteigens ist dagegen einflußlos;[2]) — sie würde ohnedem nach der verschiedenen Individualität des Diebes bei derselben Einfriedigung vorhanden und nicht vorhanden sein können. Ebenso wenig kommt darauf etwas an, ob die Einfriedigung mit oder ohne Hilfsmittel übersteigbar ist;[3]) z. B. wenn aus horizontal liegenden Planken eine Umfriedigung des Hofes gebildet ist, die einzelnen Planken aber lediglich in Zwischenräumen auf einander folgen und daher höchst mangelhaft an einander schließen. Die Mangelhaftigkeit des Verschlusses bietet hier ein leichtes Mittel zum Uebersteigen, hebt aber die Thatsache des Verschlossenseins nicht auf.[4])

Der „Schluß" des Raumes muß daher auch ein solcher sein, welcher dem Diebe ein (räumliches) Hinderniß des freien Eintritts in den Raum entgegenstellt. Die einfache Thatsache des Umschlossenseins reicht nicht hin. Diese Umfriedigung kann eine künstliche z. B. durch eine Mauer, eine Bretwand, ein Stakett,[5]) — sie kann aber, nach Befinden, auch eine natürliche sein, z. B. durch eine vorhandene Erhöhung des Terrains, welche den Hof umgibt und abschließt. Wir verlangen zwar, daß der Verschluß ein opus manufactum sei. Allein dies hindert nicht, daß bei

---

de haies vives ou sèches, ou de murs, de quelque espèce de matériaux que ce soit, quelles que soient la hauteur, la profondeur, la vétusté, la dégradation de ces diverses clôtures, quand il n'y aurait pas de porte fermant à clef ou autrement, ou quand la porte serait à claire-voie et ouverte habituellement.

1) Das O. A. G. zu Dresden hat in einem Falle eine Hecke von ½ Elle Höhe nicht als eine solche Einfriedigung angesehen.

2) Vgl. aber Häberlin, S. 301.

3) Vgl. noch unten den Abschnitt „Diebstahl mit Einsteigen."

4) Vgl. Sitzungsber. d. Bayer. StrafG. Bd. IV. S. 267.

5) Vgl. z. B. d. Entscheidung des O. A. G. zu Dresden in d. Allg. Ger. Ztg. Bd. III. S. 151.

Digitized by Google

der Umfriedigung des Gebäudes bereits vorhandene Terrain-Eigenthümlichkeiten, als Erderhöhungen, mitbenutzt und dadurch zu einem Verschlusse mit erhoben werden.[1]) Dagegen würden wir eine Schneewand, die um das Haus sich gebildet hat, nicht als einen Verschluß und den von ihr einbezirkten Raum nicht als einen verschlossenen Raum ansehen. Denn das vorübergehende, der Berechnung und dauernden Benützung sich entziehende Wirken einer Naturkraft kann nicht zum opus manufactum erhoben werden.

Nach Befinden kann auch ein Graben, welcher allein oder theilweise, letzterenfalls, indem er sich an andere Einfriedigungen anschließt, den Hofraum umgibt, als ein Schluß des Hofraums und dieser als ein „umschlossener", „geschlossener" wohl angesehen werden.[2])

Man hat die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit Lücken, welche in der Einfriedigung entstehen, den Begriff des Geschlossenseins aufheben; z. B. bei Hecken, wo häufig Schadhaftigkeiten und durch diese Lücken entstehen, welche jeder Person bequem die Gelegenheit zum Eingehen gewähren. Es ist diese Frage auch in der sächsischen Praxis mehrmals vorgekommen. Man hat in einzelnen Lücken der Einfriedigung ebensowenig, als in dem Offenstehen der Hausthüre ein Moment gefunden, durch welches der Begriff des Geschlossenseins aufgehoben wird. Wohl aber kann z. B. die Hecke so runiös sein, daß sie in der That eine Einfriedigung mit Recht nicht genannt werden kann, sondern nur Bruchstücke und Ueberreste einer solchen enthält. In solchen Fällen läßt sich von dem Geschlossensein des Raumes nicht mehr sprechen. Wiederholen müssen wir aber, daß einzelne Lücken, selbst wenn sie das Eingehen von Menschen in den Raum gestatten, nicht in Betracht kommen können, um so weniger, als an dem Punkte, wo der Dieb eingestiegen ist, eine solche jedenfalls nicht vorhanden war.

---

1) So in dem Falle, als die Hinterseite des Hauses zum Theil auf einer Bergwand ruhte und der Einbruch durch Durchbrechen der letzteren versucht wurde.

2) Vgl. auch Häberlin, a. a. O. S. 305. Egidy, Diebstahl, S. 127.

Digitized by Google

§. 4.

Der geschlossene Raum als Zubehör eines Gebäudes.

Wesentlich anders gestaltet sich die Sache, wenn der geschlossene Raum, Hofraum, nur als Zubehör eines Gebäudes[1]) aufgefaßt wird. Mit dieser Auffassung erledigen sich mehrere der obigen, den Begriff des „umschlossenen Raums" betreffenden Zweifel.

Es wird hier eine räumliche Verbindung mit dem Gebäude vorausgesetzt, — sie macht den Hofraum zu einem Theile des Gebäudes selbst; er bildet mit dem Gebäude ein Ganzes, indem er mit ihm räumlich zusammenhängt. Die civilrechtliche Pertinenzqualität entscheidet nicht. Der Hofraum, welcher civilrechtlich zwar eine Pertinenz des Gebäudes bildet, nicht aber mit ihm in räumlicher Verbindung steht, gehört nicht hierher. Es entscheidet lediglich der factische Zustand. Auch paßt auf abgesonderte Hofräume nicht das Motiv des Gesetzes, von welchem es geleitet wird, wenn es von Höfen, die zu Wohnhäusern gehören, spricht. Der Schutz, welchen das Gesetz den letztern gewährt, ist nur für die mit ihnen zusammenhängenden Räume nöthig. Die (abgesonderten) selbstständigen Höfe können zwar wieder als Behältnisse oder Gebäude für sich in Betracht kommen, — nicht aber hier, wo es um eine Zugehörigkeit des Wohngebäudes und die Uebertragung des Schutzes für letztere auf erstere sich handelt, oder vielmehr sogar der Schutz für das Wohngebäude, wenn er seine volle Wirkung entfalten soll, diese Uebertragung und Ausdehnung nothwendig erfordert.

Der Gedanke des Gesetzes ist klar. Die Bewohner des Gebäudes sehen in der Umfassungsmauer, welche den Hof mit dem Gebäude verbindet, ebenso wie in dem letztern selbst, einen Schutz ihrer Person und ihres Eigenthums. Ebenso gefährdet der Dieb,

---

1) Es ist namentlich von Geib a. a. O. die Ansicht vertheidigt worden, daß die Carolina unter „Behausung oder Behaltung" das Wohnhaus mit dem dazu gehörigen Hofe verstanden habe.

Digitized by Google

welcher bereits im Hofe sich befindet und dadurch ohne Schwierigkeit auch in das Haus gelangen kann, die Sicherheit des Hauses in gleichem Maße, als ob er im Hause selbst sich befindet. Man ist namentlich auf dem Lande gewöhnt, die Hofthüre eher als die Thüren zu den einzelnen, im Hofe befindlichen Localitäten zu schließen, sie mehr zu beobachten und im Verschluße derselben die Sicherung aller Lokalitäten im Hofe zu finden. Die Verwegenheit des Diebes, welcher in den Hofraum eindringt, ist daher von derjenigen nicht verschieden, welche den unmittelbaren Eintritt in das Gebäude selbst kennzeichnet.

Aus diesem Grunde nehmen wir die Qualification nicht an, wenn der Mitbewohner in dem Hofe einen Diebstahl begeht, welcher, wenn er von dem extraneus verübt worden, in Folge des Eindringens in den Hof als qualificirt sich darstellt. Wird z. B. das Erbrechen eines Behältnisses nur dann mit höherer Strafe belegt, wenn es in einem Gebäude oder dem dazu gehörigen Raume sich befunden, so ist der vom Mitbewohner ausgeführte Diebstahl nicht qualificirt. Er mißbraucht zwar seinen Aufenthalt im Gebäude, bez. im Hofe; allein der Schutz des einen wie des andern ist gegen ihn nicht berechnet.[1])

Bei den unbewohnten Gebäuden ist die Zubehörigkeit des Hofes ebenfalls nicht civilrechtlich aufzufassen.[2]) Es ist nicht zu glauben, daß der Gesetzgeber dasselbe Wort, überdies in der nämlichen Vorschrift, in verschiedenem Sinne aufgefaßt habe, vgl. z. B. GB. von Sachsen Art. 278. 4 u. Schlußsatz. Nun tritt zwar bei unbewohnten Gebäuden die obige ratio nicht ein. Allein dessenungeachtet leidet der Grund, aus welchem das Einbrechen ꝛc. in unbewohnte Gebäude qualificirt wird, auch auf die dazu gehörigen Räume Anwendung. Die Sicherheit des Verschlusses des Gebäudes und der in ihm aufbewahrten Sachen wird durch die Hofmauer und deren Verschluß erhöht. Das Gebäude ist oft weniger verwahrt, weil der Verschluß des Hofraumes

1) Vgl. dagegen Sitzungsber. der Bayer. Strafgerichte Bd. IV. S. 172. 186.

2) Vgl. dagegen d. Ausführung bei Häberlin, S. 316 f.

Digitized by Google

Sicherheit zu gewähren scheint. In den meisten Fällen wird der Hofraum solcher Gebäude dem Diebe Gelegenheit zur Beobachtung, zum Verstecke, zur einstweiligen Aufbewahrung der entwendeten Sachen ꝛc. bieten. Dies wird wenigstens die Regel sein, und die gewöhnlichen Fälle sind ins Auge zu fassen. Es lag endlich für den Gesetzgeber auch bei den unbewohnten Gebäuden kein Grund vor, die zwar pertinentialiter zu einem Gebäude gehörigen, aber mit ihm in keiner äußeren Verbindung stehenden Räume in ihrer Beziehung zu den Gebäuden aufzufassen und hervorzuheben. Diese Beziehung hat weder auf die objective Gestaltung des Diebstahls, noch auf den Grad der Gefährlichkeit des Diebes irgend welchen Einfluß. Ein solcher Raum erscheint völlig selbstständig; — er kann als „umschlossener Raum," wo das Gesetz diesen ausdrücklich erwähnt, aufgefaßt werden, auch, nach Befinden, als Behältniß, aber nicht als Zubehör eines vielleicht entfernt liegenden Gebäudes. Das Uebersteigen oder Einbrechen kann hier qualificiren, — die Beziehung zum Gebäude bleibt aber hier, wie bei dem bewohnten Gebäude, außer Betracht. [1])

Worin gibt sich nun äußerlich die Zusammengehörigkeit des Hofes und des Gebäudes zu erkennen? Meistentheils wird sie durch eine aus dem letztern in den erstern führende Thüre hergestellt sein; [2]) — etwas Weiteres ist nicht nöthig. Ob das Gebäude selbst einen Theil der Umfassungsmauer bildet, so daß die Hofmauern an dasselbe sich anschließen oder aber von ihnen das Gebäude auf allen Seiten umgeben wird, so wie die sonstige Situation des Gebäudes und des Hofes ist gleichgiltig; — es genügt, wenn Haus und Hof ein Ganzes bilden, dergestalt, daß der Eintritt in diesen gleichsam auch der Eintritt in jenes ist und umgekehrt. Wo dieses Verhältniß nicht vorhanden, cessirt auch die ratio legis und mit ihr das Qualificationsmoment. In einem Falle bildete die Rückwand des Hauses einen Theil der Einfriedigung des unmittelbar hinter dem Hause liegenden und an

1) Vgl. das Erk. des A. O. G. zu Zerbst in den N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht. Bd. V. S. 262.

2) Vgl. Häberlin, a. a. O. S. 313.

Digitized by Google

dasselbe anstoßenden Hofraumes, der auf den übrigen, an das Haus nicht anstoßenden Seiten von einer Mauer umgeben war; — aus dem Hause selbst führte aber keine Thüre in den Hofraum, vielmehr war die Thüre neben dem Hause in der Hofmauer selbst angebracht, so daß die Bewohner des Hauses, wenn sie in den Hof gehen wollten, das Haus verlassen mußten, um durch diese Thüre in den Hof zu gelangen. In ähnlicher Weise ging in einem andern Falle der Weg in den Hof durch den an das Hauptgebäude angebauten (jedoch unbewohnten und leerstehenden, auch nicht in innerer Verbindung mit dem Hauptgebäude stehenden) Stall. In beiden Fällen (der sächs. Spruchpraxis) wurde ein zu einem (Wohn-) Hause gehöriger Hofraum mit Recht nicht angenommen.

§. 5.

Der unverschlossene, aber geschlossene Hofraum.

Der Hofraum verliert nicht den Charakter des Geschlossenseins, wenn er zufälligerweise zur Zeit des Diebstahls unverschlossen gewesen.[1]) Der Gesetzgeber hat vielmehr solche Höfräume ausnehmen wollen, welche überhaupt nicht als geschlossen betrachtet werden können; — er hat aber nicht den Fall im Auge gehabt, wo ein verschlossener Hofraum zur Zeit des Diebstahls unverschlossen gewesen. Ebenso leidet der gesetzliche Grund der Qualification, wie wir ihn oben dargestellt haben, auch auf solche Fälle Anwendung. Die Verwegenheit des Diebes ist hier dieselbe, und der Angriff des Diebes auf die Sicherheit des Eigenthums nicht minder gefährlich, als wenn er in ein unverschlossenes Gebäude einsteigt. Dazu kommt, daß der Dieb in solchen Fällen meistens entweder nicht weiß, daß er auf andere und leichtere Weise den Zugang in den Hofraum sich verschaffen könne, oder

---

1) Vgl. oben S. 55. die Bestimmung des Code pénal. Die gleiche Ansicht ist wiederholt z. B. in Entscheidungen der O. A. Gerichte zu Dresden und München (vgl. z. B. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Gesetzgeb. in Bayern Bd. I. S. 480) ausgesprochen worden.

Digitized by Google

triftige Gründe hat, diesen Zugang nicht zu wählen, z. B. weil letzterer, nach Befinden, ihn leichter der Entdeckung aussetzen kann, als das Uebersteigen. Endlich ist zu gedenken, daß das Gesetz offenbar einen Raum der fraglichen Art als einen Theil des Gebäudes selbst behandeln will, und daß daher consequenterweise dasjenige, was von dem Einsteigen in ein Gebäude gilt, auch von dem Einsteigen in den zu dem Gebäude gehörigen Hofraum gelten muß.[1])

Dieses Moment führt auch zu der Annahme, daß zu dem Begriffe des „umschlossen" und „geschlossen" eine verschließbare Thüre nicht gehört, wenn wir von einem, zu einem Gebäude gehörigen umschlossenen Hofraume sprechen.[2]) Auch eine unverschließbare Thüre bildet einen Schluß des Hofraumes.[3]) Nach der gegenseitigen Ansicht würde ein Hofraum nicht ein umschlossener sein, wenn zufällig der Schlüssel zur Thüre verlegt worden und diese daher nicht zugeschlossen werden könnte. Das O. A. G. zu München hat selbst in einem Falle einen geschlossenen Hofraum angenommen, als an der Wand desselben, außer der ordentlichen Eingangsthüre, von dem Besitzer auch ein sogen. Stigl angebracht war, auf welchem mit dessen Einwilligung die Passanten über die Einfriedigung in den Hof steigen konnten. Denn es sei (wurde in den Entscheidungsgründen bemerkt) ein solcher Stigl nur eine Vorrichtung, die Einfriedung leichter zu übersteigen, und es werde hierdurch dieselbe ebensowenig unterbrochen, als wenn in der Einfriedung eine Thüre oder eine Leiter angebracht wäre.[4])

---

1) Vgl. auch Zeitschr. f. Rechtspfl. ꝛc. in Bayern Bd. VI. S. 53, so wie die Entsch. in den Sitzungsber. der Bayer. Strafgerichte. Bd. II. S. 280 f.

2) Dagegen wird die Zusammengehörigkeit des Gebäudes und des Hofes in der Regel durch eine Verbindungsthüre sich kennzeichnen.

3) Vgl. Zeitsch. f. Rechtspfl. ꝛc. in Bayern Bd. I. S. 480. — Vgl. noch oben S. 51.

4) Vgl. Zeitschrift für Gesetzgeb. ꝛc. in Bayern Bd. VI. S. 53 f. Vgl. auch Sitzungsber. d. Strafg. in Bayern Bd. IV. S. 429.

Digitized by Google

§. 6.

Die im Hofraume befindlichen Gebäulichkeiten.

Im Allgemeinen iſt feſtzuhalten, daß der Hof und die Gebäude, welche von derſelben Einfriedigung umgeben ſind, ein Ganzes bilden und daß daher die Qualificationshandlung bezüglich des Hofes auch ihre rechtliche Wirkung auf jene Gebäude äußert. Qualificirt daher z. B. das Geſetz das Erbrechen von Behältniſſen nur dann, wenn ſie im Innern eines Gebäudes ſtehen, ſo iſt die Qualification vorhanden, wenn das Behältniß auch nur in einem Hofe der beſchriebenen Art ſtand, ſelbſt wenn der Dieb in letzteren ohne Qualification gelangt war;[1]) — es iſt dieſer Fall demjenigen völlig gleich zu achten, wo der Dieb ein Behältniß im Innern des Gebäudes, in welches er ohne Qualification gelangt iſt, erbricht; — der Dieb ſtiehlt in unſerem Falle auch im Innern eines Gebäudecompleres, welches als ein Gebäude anzuſehen iſt.

Indem die Umfriedigung des Raumes die von ihr umfaßten Baulichkeiten zu einem Ganzen vereinigt, wird die Qualification auch auf alle dieſe Baulichkeiten dergeſtalt übertragen, daß es bei der einzelnen nicht weiter darauf ankommt, ob auch ſie verſchloſſen geweſen und, wenn das Geſetz ein Wohngebäude vorausſetzt, nicht darauf, ob die Baulichkeit ebenfalls ein Wohngebäude iſt, dafern nur eines der Gebäude in dem Raume ein ſolches iſt.[2]) Es iſt daher der Diebſtahl ein ausgezeichneter, wenn der Dieb über die Hofmauer einſteigt, ohne Weiteres ſodann durch die offene Thüre des im Hofe ſtehenden Gebäudes in letzteres eingeht und daſelbſt ſtiehlt, oder wenn (dafern das Geſetz ein Wohnhaus vorausſetzt)

---

1) Vgl. z. B. die Entſcheidung des Pleni des O. A. G. zu München in den Sitzungsber. d. Bayr. Strafg. Bd. II. S. 280 f. Die entgegengeſetzte Anſicht hat das Obertribunal zu Berlin befolgt. Goltdammer, Archiv Bd. II. S. 555.

2) „qui y sont enfermés, quel qu'en soit l'usage et quand même ils auraient une clôture particulière dans la clôture ou enceinte générale“ ſagt der Code pénal in Art. 390.

Digitized by Google

der Dieb, welcher über die Hofmauer eingestiegen, in der zwar unbewohnten Scheune, nicht in dem Wohnhause stiehlt, jene und dieses aber in demselben Hofe stehen.

In einem Falle bildete die Rückwand der unbewohnten Scheune einen Theil der Umfassung. Der Dieb durchbrach diese Rückwand, gelangte dadurch in den Hof, wo auch das Wohngebäude stand, und stahl aus dem Hofe einen Gegenstand. Der Diebstahl wurde als Diebstahl mit Einbruch in einem bewohnten Gebäude (mit Recht) angesehen.

Ebenso ist es gleichgiltig, ob unter den zusammengehörigen Gebäuden nach der Art ihrer Benutzung oder sonst das Wohngebäude nur als Nebengebäude sich darstellt, z. B. in einem großen Wirthschaftshofe das Wohnhaus des Wächters, des Hirten neben den Ställen und Wirthschaftsgebäuden. Das Wohngebäude gilt bei einem Diebstahle in dem umschlossenen Hofraume — wegen der Gefahr für den Bewohner — für das maßgebende, die Qualification nach sich ziehende Moment. [1])

Ob die in derselben Umfassung befindlichen Baulichkeiten einem oder verschiedenen Eigenthümern gehören, ist gleichgiltig. [2])

§. 7.

Die Durchgangsverbindung mehrerer Gebäude.

Die Verbindung der unbewohnten Räume mit den bewohnten, welche durch die Umfassung beider mittels derselben Umfriedigung bewirkt wird und welche beide zu einem zusammengehörigen Ganzen erhebt, tritt auch in den Fällen ein, wo zwar nicht eine Umfassungsmauer vorhanden ist, aber das bewohnte Gebäude mit dem unbewohnten „in innerer Durchgangsverbindung" steht. Hier ist der Einbruch und das Einsteigen in das unbewohnte Gebäude

---

1) Les parcs mobiles destinés à contenir du betail dans la campagne — sont aussi réputés enclos; et lorsqu'ils tiennent aux cabanes mobiles ou autres abris destinés aux gardiens, ils sont réputés dependans de maison habitée. (Code pénal l. l.)

2) Vgl. Goltdammer, Archiv Bd. III. S. 570.

Digitized by Google

zugleich auch der Eintritt in das bewohnte Gebäude;[1]) es ist mit ihm auch die Sicherheit der Personen und Sachen in dem letzteren bedroht. Ebenso ist es Einbruch ꝛc. in bewohnte Gebäude, wenn der Dieb in einem bewohnten Gebäude eine Thüre erbricht, um in dem angrenzenden unbewohnten Gebäude stehlen zu können.[2])

Eingebaute Theile eines Gebäudes, welche keine Durchgangsverbindung mit den bewohnten Theilen desselben haben, können dagegen nicht als Wohngebäude angesehen werden. So ist z. B. von dem O. A. G. zu Dresden der Diebstahl in einem, in ein Wohngebäude eingebauten Keller, der eine besondere Zugangsthüre von der Straße hatte und in keiner Durchgangsverbindung mit den übrigen Localitäten des Hauses stand, nicht als Diebstahl in einem Wohngebäude behandelt worden. Anderer Meinung ist das O. A. G. zu München, welches geltend macht, daß das Gesetz bei Wohngebäuden nicht weiter zwischen den bewohnten oder zur Wohnung bestimmten und den unbewohnten Räumen des Hauses unterscheide.[3])

Die Durchgangsverbindung ist etwas rein Aeußerliches; sie hört nicht zu existiren auf, weil und wenn der Dieb sie nicht kennt. Allein andererseits ist es nicht zu billigen, wenn dieses räumliche Verhältniß als belastend dem Diebe auch bei seiner Unkenntniß von demselben zugerechnet wird. Es muß auch hier in der Kenntniß des Verbrechers von dem Vorhandensein dieses Verhältnisses das Objective mit der Verschuldung des Thäters zusammentreffen. (s. oben S. 61.) Die gegentheilige Meinung könnte nur darauf gestützt werden, daß lediglich die Gefährdung

---

1) Angewendet bei einem unter demselben Dache liegenden unbewohnten, mit dem Wohngebäude in Durchgangsverbindung stehenden Stalle. Goltdammer, Archiv, Bd. I. S. 710.

2) Vgl. die Entscheidungen in d. Zeitschr. f. Rechtspfl. ꝛc. in Bayern Bd. VI. S. 42 f. bei Goltdammer, Archiv Bd. III. S. 842 u. in Bopp, Strafgesetzbuch, S. 171.

3) Vgl. Zeitschr. f. Gesetzg. ꝛc. in Bayern Bd. VI. S. 230 f. Bd. VII. S. 187.

Digitized by Google

des Bestohlenen, und zwar auch dann, wenn sie gar nicht in den Ideenkreis des Verbrechers eingetreten ist, entscheide, — ein Gesichtspunkt, dessen Berechtigung wir nicht zugestehen können.

§. 8.

Die „Hofräume" im Gegensatze zu den Gärten und ähnlichen Räumen.

Einige Gesetze sprechen endlich nur von Hofräumen. Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob diese Bezeichnung auch auf Gärten anzuwenden sei. Das Ober-Apell. Gericht zu Jena hat sie verneint.[1]) Die Verneinung mag als unpraktisch angefochten werden,[2]) insbesondere mit Hinweis auf die Fälle, in denen ein Hofraum in einen Garten, oder ein Garten in einen Hofraum verwandelt wird, und nun zu verschiedenen Zeiten Diebstähle durch Einsteigen in diesen Raum verübt werden, welche — nach dieser Unterscheidung, ohne inneren triftigen Grund — bald als einfache, bald als ausgezeichnete Diebstähle behandelt werden. Allein die Verneinung hat den Wortlaut für sich, und es fragt sich, ob die Ausdehnung auf die Gärten, so sehr man auch im Allgemeinen sie als rationell bezeichnen mag, nicht die Grenzen der Gesetzesanalogie überschreitet. Wird der Garten und der Hof von derselben Befriedigung umschlossen, so ist im Allgemeinen zu sagen,[3]) daß das Einsteigen in den ersteren zugleich ein Einsteigen in den letzteren ist.[4]) In diesen Fällen ist der Garten ein Theil des Hofraumes, — er gehört im strafrechtlichen Sinne zum Hofe.[5]) Ist aber der umschlossene Raum lediglich als Garten verwendet, so kann man ihn nicht auch einen Hofraum nennen;

---

1) Wochenbl. f. Strafrechtspfl. in Thüringen, 1854. S. 287. Vgl. noch Bopp, Strafgesetzbuch, S. 170, 171.

2) Vgl. v. Egidy a. a. O., S. 118. Häberlin, a. a. O. S. 319 f.

3) Vgl. dagegen Häberlin a. a. O.

4) Vgl. hier die Entscheidungen des O. A. G. zu Dresden in der Sächs. Gerichtszeitg. Bd. III. S 151, IV. S. 291.

5) Krug, Commentar z. K. Sächs. Strafgesetzbuch. Bd. II. S. 26.

Digitized by Google

— das iſt ſchon ſprachlich unmöglich. Man kann auch andere Räumlichkeiten ſich denken, die zu einem Gebäude gehören, aber gewiß nicht unter den Begriff des Hofraumes fallen.[1])

Gegen eine unbedingte Gleichſtellung des an ein Haus anſtoßenden Gartens mit dem Hofe des Hauſes kann im einzelnen Falle auch die ratio legis ſelbſt angezogen werden. Es beruht nämlich die Gleichſtellung des Hofes mit dem Hauſe zum Theil in dem Zwecke des erſteren; er gehört mit zu den Wirthſchaftsräumen des Hauſes und wird nicht ſelten in der Benutzung wie letzteres ſelbſt behandelt; ſie bilden hier in Wahrheit ein Ganzes. Dagegen tritt der Garten meiſtentheils nicht in ein ſolches Verhältniß zum Hauſe. Nehmen wir ferner an, daß der Garten einen ſehr bedeutenden Umfang hat; die Bewohner des Hauſes kommen bei ihrer Tagesarbeit vielleicht nur ſelten in den Garten, namentlich in den entlegeneren Theil desſelben. Es könnte ſelbſt ein großer Park unmittelbar und ohne Zwiſchenmauer an den Hof des Hauſes anſtoßen und die Schlußmauer des Parks ziemlich entfernt von letzterem ſich befinden. Hier wird die Gleichſtellung des Parks mit dem Hofe bedenklich. Der einzelne Fall muß entſcheiden, was allerdings ein mißliches Auskunftsmittel bleibt.

Die Bayer. Novelle v. J. 1816 ſagt in Art. VI. „in ein Haus oder in deſſen eingeſchloſſenen Hofraum," und ein Reſcript vom 15. Febr. 1815[2]) erläutert: „Der zum Hauſe gehörige und mit demſelben unmittelbar verbundene Hof oder Garten muß gleiche Sicherheit genießen, wie das Wohnhaus, deſſen Theil es ausmacht." Das O. A. G. zu München hat in einem Erkenntniſſe[3]) darauf hingewieſen, daß nicht jeder mit dem Hauſe in unmittelbarer Verbindung ſtehende und mit dieſem durch eine gemeinſchaftliche Umfriedung eingeſchloſſene Garten hierher zu

1) Vgl. hier den Fall bei Hufnagel, Anmerk. z. Strafgeſetzbuch für Württemberg, S. 342, wo der zwiſchen zwei, demſelben Eigenthümer gehörigen Häuſern gelegene, mit einer Mauer umgebene Gang als „umſchloſſener Hofraum" angeſehen worden iſt.

2) Sammlung von Doppelmayr ꝛc. S. 55. (Ed. III.)

3) Sitzungsber. d. Bayer. Strafg. Bd. IV. S. 182.

Digitized by Google

zählen, vielmehr in jedem einzelnen concreten Falle zu untersuchen sei, ob der Garten nach der Größe, Beschaffenheit oder nach den sonstigen Verhältnissen als ein Theil des Hauses oder des gleich bevorzugten Hofraums betrachtet werden könne.

Zweiter Abschnitt.

Der Diebstahl mittels Einbrechens (furtum violentum.)

§. 1.

Die Carolina. — Die hauptsächlichsten Abweichungen der neuen Gesetzbücher.

Die C. C. C. Art. 159 erklärt es für einen „gestißnen gewerlichen Diebstahl, so der Dieb, bei Tag oder Nacht, in Jemands Behausung oder Behaltung bricht oder steigt" und bezeichnet diesen Diebstahl als einen „darzu gebrochen oder gestiegen wird."

Die Auslegung des Wortes „Behaltung" hat die Interpreten sehr beschäftigt.

Es ist bekannt, daß schon Remus die obige Stelle übersetzte: Si quis, ut furtum faciat, fores arcanne ruperit, effregerit, wahrscheinlich in Hinblick auf das Römische Recht (fr. 22. §. 1. de furtis), daß jedoch diese früher ziemlich allgemein adoptirte[1]) Erklärung von „Behaltung" gegenwärtig als unrichtig nachgewiesen worden.[2]) Es mag jetzt wohl darüber ziemliche Uebereinstimmung herrschen, daß unter „Behaltung" ebenfalls nur Gebäude zu verstehen sind,[3]) so sehr im Uebrigen auch die

1) Vgl. d. Commentare von Böhmer und Kreß ad h. art. u. Walch, glossar. ad C. C. C. voce: „Behaltung."

2) Vgl. Hammer, Archiv f. d. Crim. Recht. N. F. 1845. S 468 f. Vgl. namentlich Grolmann, in s. Bibl. d. peinl. R.W. Bd. I. St. II. S. 59 f. Allerdings kommen auch in den Volksrechten Spuren der Erbrechung von Behältern als Qualificationsmomente vor. Köstlin, Krit. Ueberschau. Bd. III. S. 188.

3) Köstlin, Abhandlungen S. 280. Geib, Archiv f. d. Crim. R. N. F. 1847. S. 352 f. 521 f. 538. Am meisten hat wohl die (nament-

Digitized by Google

Meinungen der Rechtslehrer darüber, welche Art von Gebäuden hier, im Gegensatze von Behausung gemeint sei, von einander abweichen.[1])

Das „Brechen" in der Carolina ist, nach der jetzt wohl feststehenden Meinung der Interpreten, ebenfalls nur als „Einbrechen" zu verstehen.[2])

Das „Einbrechen" ebenso wie das auch auf „Behaltung" mit zu beziehende „Einsteigen" schließen von selbst das Erbrechen von Kisten und ähnlichen Behältnissen aus.

Gemeinrechtlich ist daher der Diebstahl mit Einbrechen auf die Fälle zu beschränken, wo Jemand zum Zwecke des Stehlens mit Gewalt eine Oeffnung in ein Gebäude macht, durch dieselbe in das Gebäude eindringt und im Gebäude stiehlt.[3]) Daraus folgt, daß das Durchbrechen von Mauern im Innern des Gebäudes, in das der Dieb ohne Einbruch gelangt ist,[4]) — daß das Erbrechen des Gebäudes und das Herauslangen eines Gegenstandes aus dem Gebäude durch die gemachte Oeffnung, ohne in das Gebäude selbst einzudringen, — und daß das Auf- und Erbrechen von Behältnissen, z. B. Kasten ꝛc. im Gebäude nicht unter den Artikel der Carolina fallen.[5]) Andererseits ist es auch gleichgiltig, ob eine große oder geringe Gewalt angewendet worden,[6]) ob das Gebäude ein Wohngebäude[7]) oder nicht, ob es an

---

lich von Geib vertretene) Ansicht für sich, daß unter „Behaltung" der zum Hause gehörige Hof zu verstehen sei.

1) Vgl. hier insbes. Geib's Ausführungen a. a. O.

2) Vgl. noch Wächter s. v. Diebstahl in Weiske's Rechtslexicon. Bd. III. S. 413.

3) v. Wächter u. Geib, a. a. O. Köstlin, Abhandlungen ꝛc. S. 283.

4) Vgl. auch die Churhess. Spruchpraxis bei Heuser, Handb. d. Churhess. Strafrechts ꝛc. S. 106.

5) Vgl. auch über die frühere gemeinrechtl. Praxis in Anhalt die Entscheidung a. d. J. 1846 in d. N. Jahrb. f. Sächs. Strafr. Bd. V. S. 240.

6) Vgl. Feuerbach, in d. Bibl. f. d. peinl. R.W. Bd. II. S. 112 f.

7) Schon in den Volksrechten finden wir die Qualification auch bei dem Einbruche in Ställe ꝛc. Vgl. Wilda, d. Strafr. d. Germanen ꝛc.

Digitized by Google

ſich verſchloſſen geweſen oder nicht, und daher ob der Einbruch das gewöhnliche Verſchlußmittel beſeitigt hat oder ob er an einem andern Orte des Gebäudes, dafern er nur (was feſtzuhalten) von Außen erfolgte, vollführt worden iſt.

Allein bereits im vorigen Jahrhunderte dehnte die Praxis die Strafbeſtimmung der Carolina auch auf das Erbrechen bloßer Behältniſſe aus, wenngleich meiſt mit der Beſchränkung, daß die Behältniſſe im Innern des Gebäudes oder des dazu gehörigen Hofraumes ſich befinden,[1]) indem man auf dieſe Weiſe wieder den Geſichtspunkt zur Geltung brachte, daß eine beſondere Gefahr für den Hausbewohner vorhanden ſei, wohl auch aus gleichem Grunde die Eröffnung mittels Inſtrumente vorausſetzte.

Die Verſchiedenheit, welche in dieſer Hinſicht in der gemeinrechtlichen Praxis und bei den Rechtslehrern ſich kund gibt, iſt, wie ſchon bemerkt, eine ganz außerordentliche.

Auch gegenwärtig zeigt ſich in den einzelnen Geſetzgebungen eine große Verſchiedenheit. Es mögen hier nur einige dieſer Verſchiedenheiten feſtgeſtellt werden:

a) Die meiſten Geſetzbücher ſetzen bei dem Einbrechen und Einſteigen bewohnte Gebäude nicht voraus, da ſie nicht die Gefahr für den Beſtohlenen, ſondern nur die bedeutendere Hartnäckigkeit des Diebes accentuiren, — wohl aber wird bei dem Erbrechen eines Behältniſſes mehrſeitig vorausgeſetzt, daß es im Innern eines Gebäudes, bez. eines Wohngebäudes geſtanden habe, während andere Geſetzgebungen dieſe Beſchränkung nicht kennen.

Die Bayer. Diebſtahlsnovelle v. J. 1816 Art. 6 hebt in Verbindung mit einem Reſcripte vom 31. Jan. 1817 den „Angriff auf die häusliche Sicherheit" als das charakteriſtiſche Merkmal hervor und ſchließt den ausgezeichneten Diebſtahl aus, wenn Behältniſſe, welche in unbewohnten Häuſern oder im Freien ſtehen,

---

S. 878. Die Churheſſiſche auf dem gemeinen Rechte noch beruhende Spruchpraxis verlangt ebenfalls nicht bewohntes Gebäude. Kerſting, d. Strafr. in Churheſſen. Bd. II. S. 699.

1) Vgl. Quiſtorp, Grundſ. §. 349 u. d. daſ. Angef.

Digitized by Google

erbrochen werden.[1]) Auch das neue Bayer. Gesetzbuch hat, wie aus den Art. 274. 2. Art. 282. 2. in Verb. mit Art. 279. 2. hervorgeht, das Erbrechen verschlossener Behältnisse nur dann qualificirt, wenn letztere in einem bewohnten Gebäude oder dessen Dependenzen[2]) stehen, und es ist in den Kammerverhandlungen[3]) die bei solchem Einbruche „für die Person des Eigenthümers oder seiner Angehörigen entstehende indirecte Gefahr" betont worden.

Dagegen verlangt z. B. das K. Hannöv. Erläuterungs-Gesetz v. 20. April 1857 §. 6[4]) (im Anschluße an das Crim. GB. Art. 292[5]) ebenfalls zwar, daß die Behältnisse im Innern eines Gebäudes sich befinden, — nicht aber, daß letzteres ein Wohngebäude sei. Ebenso das K. Preuß. Strafgesetzbuch §. 218 in Verbindung mit § 223.

Das Großh. Hessische Strafgesetzbuch setzt in Art. 366 ein bewohntes Gebäude voraus, in welchem das Behältniß gestanden. Ebenso die Gesetzbücher für Nassau Art. 361, für Braunschweig §. 215. 3. g. für das Großh. Baden §. 381. 2. und der neueste Entw. für Bremen §. 399. 8 in Verb. mit §. 405. 2.; jedoch zum Theil mit der Modification, daß außer diesen Fällen die Erbrechung des Behältnisses (also im unbewohnten Hause) als Erschwerungsgrund des einfachen Diebstahls behandelt wird.

Die meisten übrigen Gesetzgebungen bezeichnen die Erbrechung eines verschlossenen Behältnisses ohne weitern Unterschied als Qualificationsgrund. Das Oester. Gesetzbuch §. 174 spricht nur vom Diebstahle „an versperrten Sachen."[6])

---

1) Vgl. noch Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. in Bayern. Bd. III. S. 182.

2) „— oder in dem dazu gehörigen und mit dem bewohnten Gebäude in innerer Durchgangsverbindung stehenden umschlossenen Raume."

3) Vgl. die Handausgabe des StrafGB. (Erlangen, Ferd. Enke.) S. 249.

4) Vgl. Leonhardt, d. Crim. GB. ꝛc. S. 164 f.

5) Vgl. Brandes, d. Hannöv. Crim. GB. ꝛc. S. 292.

6) Vgl. hier Herbst, Handb. ꝛc. Bd. I. S. 343 f.

Digitized by Google

b) Die neuen Gesetze vermeiden zum Theil das Wort „Einbruch“ und sprechen überhaupt nur von „Erbrechen.“ Es ist dieser Unterschied ziemlich bezeichnend. Wir verstehen unter „Einbruch“ ein Eindringen in das Gebäude, also ein Eingehen in die gewaltsam bewirkte Oeffnung des Gebäudes, wogegen die gewaltsame Oeffnung selbst durch das Erbrechen bezeichnet wird.

Hieraus folgt, daß, wenn das Erbrechen des Gebäudes an sich schon zur Qualification hinreicht, auch der Diebstahl als qualificirt zu betrachten ist, wenn der Dieb das Gebäude gewaltsam zwar eröffnet, aber die Sache dadurch sich angeeignet hat, daß er sie aus dem Gebäude durch die Oeffnung herausgelangt oder herausgezogen hat, nicht aber in das Gebäude eingetreten ist. Während bei dem Diebstahle durch Einsteigen fast einstimmig das bloße Aufsteigen an dem Gebäude nicht als Qualificationsmoment angesehen wird, ist hier das Einbrechen nur als Erbrechen aufzufassen und ein Eintreten in das Haus nicht vorausgesetzt. (Vgl. noch oben S. 26.)

Diese Consequenz wird z. B. auch ausdrücklich in den Motiven zu dem Entwurfe für Bremen Thl. I. Bd. II. S. 242. anerkannt.

Ebenso gibt das K. Württemberg'sche Gesetzbuch in Art. 323. 330. eine Definition des „Einbruchs“ im Gegensatze von „Erbrechen,“ indem es jenen in der Hauptsache auf das Brechen von Außen, diesen auf das Brechen im Innern des Gebäudes bezieht, dabei aber ausdrücklich bei dem Einbruche ein „Eindringen“ nicht voraussetzt, vielmehr in Art. 324. das Eindringen in das Gebäude mittels Einbruchs noch besonders als Erschwerungsgrund hervorhebt. Ebenso verfährt das K. Preuß. Strafgesetzbuch §. 223. 1. Nicht minder hat das K. Sächsische Strafgesetzbuch Art. 278 ausdrücklich einander gegenübergestellt — „in ein Gebäude, um in dasselbe einzudringen oder um Gegenstände, welche sich im Innern desselben befinden, zu erlangen, eine Oeffnung gemacht ꝛc. —“ Das neue Bayerische Gesetzbuch spricht in Art. 279 von Vorrichtungen, die dem Eindringen entgegenstehen, ohne daß das Eingehen in das Gebäude selbst zur Qualification vorausgesetzt wird; — die Fassung des Art. 274 ist

Digitized by Google

zweifelhaft, das oben angegebene Motiv spricht aber für das Requisit des Eingehens in das Gebäude.

c) Indem die meisten Gesetzgebungen das Einbrechen und Einsteigen in jedes Gebäude qualificiren, haben einige Gesetzbücher dem Gebäude noch jeden „umschlossenen Raum, in welchem man nur durch Einsteigen oder Einbrechen oder durch den Gebrauch von Schlüsseln gelangen kann," gleichgestellt.

Ueber den zu einem Gebäude gehörigen „geschlossenen Raum (Hofraum, Bezirk)" haben wir bereits oben S. 49. uns ausgesprochen.

d) Es ist ferner mit dem „Erbrechen im Innern," welches die neuen Gesetze qualificiren, eine Abweichung von dem Rechte der Carolina eingeführt, indem letztere das Durchbrechen von Mauern, Thüren ꝛc. im Innern des Gebäudes, in welches der Dieb (ohne Qualification) gelangt war, nicht als Erschwerung des Diebstahls betrachten.

§. 2.

Aeußerer und innerer Einbruch.

Die Gesetzbücher unterscheiden in der aufgestellten Definition des Einbruchs nach dem Vorgange des Code pénal (Art. 394)[1] häufig den „Einbruch von Außen" oder „äußeren Einbruch" und „das Erbrechen im Innern" oder „inneren Einbruch."

---

1) Der Code pénal bestimmt:

395. Les effractions extérieures sont celles à l'aide desquelles on peut s'introduire dans les maisons, cours, basses-cours, enclos ou dépendances, ou dans les appartemens ou logemens particuliers.

396. Les effractions intérieures sont celles qui, après l'introduction dans les lieux mentionnés en l'article précédent, sont faites aux portes ou clôtures du dedans, ainsi qu'aux armoires ou autres meubles fermés. — Est compris dans la classe des effractions intérieures, le simple enlèvement des caisses, boites, ballots sous toile et corde, et autres meubles fermés, qui contiennent des effets quelconques, bien que l'effraction n'ait pas été faite sur le lieu.

Digitized by Google

So definirt z. B. das Gesetzbuch von Württemberg: „Einen Einbruch begeht derjenige, welcher sich mit Gewalt entweder einen geschlossenen oder vorher nicht vorhanden gewesenen Eingang in ein Gebäude eröffnet, oder eine vorhandene Oeffnung zum Eindringen erweitert, oder sich sonst eine Oeffnung verschafft, mittelst welcher er den vorhandenen Eingang zum Eindringen sich öffnen, oder auch, ohne einzudringen, den Diebstahl im Innern vollbringen kann.

Das Erbrechen wird durch gewaltsame Eröffnung von Eingängen und Durchgängen im Innern, sowie von Schränken, Kisten oder dergleichen begangen." (Art. 330.)

Das Gesetzbuch vom Großh. Hessen definirt im Art. 368: „Aeußeren Einbruch begeht, wer sich auf irgend eine gewaltsame Weise entweder einen vorher nicht vorhanden gewesenen oder geschlossenen Eingang eröffnet, oder eine vorhandene Oeffnung zum Eindringen erweitert, oder sich sonst eine Oeffnung verschafft, mittelst welcher er den vorhandenen Eingang zum Eindringen sich öffnen, oder auch, ohne einzudringen, die Entwendung im Innern vollbringen kann. Der innere Einbruch wird durch gewaltsames Eröffnen von Thüren, Wänden, Eingängen oder Durchgängen im Innern von Schränken, Kisten oder anderen ähnlichen Behältnissen begangen."

Das K. Sächs. Gesetzbuch (1855) definirt die „Erbrechung," „indem der Dieb auf gewaltsame Weise a) in ein Gebäude, um in dasselbe einzudringen oder um Gegenstände, welche sich im Innern desselben befinden, zu erlangen, eine Oeffnung gemacht, oder eine in einem solchen bereits vorhandene Oeffnung erweitert, oder den Verschluß derselben beseitigt, oder b) verschlossene Behältnisse, welche zum Schutze gegen fremde Eingriffe bestimmt sind, öffnet."

Das K. Preuß. Gesetzbuch definirt in §. 223[1]) den „Einbruch," wenn 1) der Thäter mittels Gewalt an den Einfriedig-

1) Im Wesentlichen stimmt das Hannöv. Diebstahlgesetz v. 1857. §. 6. überein; es vermeidet jedoch die Bezeichnungen „Einbruch," „Erbrechen" vollständig.

Digitized by Google

ungen oder an Gegenständen oder Vorrichtungen, welche das Eindringen verhindern, einen vorher nicht vorhanden gewesenen oder einen verschlossenen Eingang sich öffnet, oder eine schon vorhandene Oeffnung zum Eindringen erweitert, oder sonst eine Oeffnung macht, mittels welcher er den Eingang zum Eindringen sich öffnet, oder auch ohne einzudringen, den Diebstahl vollbringen kann, 2) wenn der Thäter im Innern eines Gebäudes in vorstehender Weise Thüren, Wände, Eingänge oder Durchgänge, Schränke, Kisten oder andere Behältnisse eröffnet."

Das Gesetzbuch von Bayern (1861) sagt in Art. 279: „Einbruch ist vorhanden, wenn der Thäter, um den Diebstahl zu vollbringen: 1) Wände, Thüren oder Fenster oder andere Vorrichtungen, welche dem Eindringen entgegenstehen, erbrochen oder sonst mit Gewalt eine Oeffnung in das Gebäude oder dessen Umfriedung gemacht oder eine schon vorhandene Oeffnung erweitert, oder 2) in anderer Weise äußere oder innere Verwahrungsmittel erbrochen, gewaltsam hinweggeräumt, beschädigt oder zerstört hat."

Das Erbrechen im Innern ist also nicht beschränkt auf das Durchbrechen der Mauern ꝛc. im Innern, *nachdem* der Dieb bereits in das Haus eingetreten ist oder sonst im Hause sich bereits befindet, sondern erstreckt sich auch auf das Erbrechen von Kisten ꝛc. und zwar nicht blos in, sondern auch außer dem Gebäude.[1])

Einige Gesetzbücher gebrauchen das Wort „Einbruch," wo z. B. in dem Gesetzbuche von Hessen „äußerer Einbruch" gesagt ist, heben dabei das „Eindringen" in das Gebäude als charakteristisch hervor, und sprechen von „Erbrechen," wo das Gesetzbuch von Hessen ꝛc. von „innerem Einbruche" redet.

Das K. Bayer. Gesetzbuch spricht von „Wänden, Thüren, Fenstern oder andern Vorrichtungen, welche dem *Eindringen* entgegenstehen," im Fortgange des Art. (279) aber überhaupt von „äußeren oder inneren Verwahrungsmitteln." Der Entwurf von Bremen (§. 405) schließt sich im ersten Satze im Allgemeinen der erstern Bestimmung des Bayer. Gesetzbuches an, ver-

1) Ebenso die Definition des Code pénal.

Digitized by Google

meidet aber im Fortgange die generelle Faſſung des letzteren und ſagt: „im Innern Thüren, Wände, Ein- oder Durchgänge ꝛc. erbrochen.“

Wir finden neben dem Worte „Erbrechen“ noch die Bezeichnungen: „zerſtört“ „beſeitigt“ und als Generalclauſel „die Oeffnung, bez. Erweiterung mit Gewalt.“ Es wird ein „gewaltſames Hinwegräumen“ für genügend erklärt; ja der Entwurf von Bremen ſpricht von „beſeitigt,“ ohne jeden Beiſatz, obſchon die nächſtfolgenden Worte: oder ſonſt mit Gewalt eine Oeffnung in das Gebäude — gemacht hat“ darauf hindeuten, daß man ein gewaltſames Beſeitigen vorausgeſetzt habe, — ein Beſeitigen, durch welches „entgegenſtehende Hinderniſſe“ hinweggeräumt werden. Der „Einbruch“ iſt nur noch eine Art der Gewalt gegen das Verſchlußmittel, erſchöpft aber den Begriff derſelben und die geſetzliche Qualification nicht.

Der Einbruch oder das Erbrechen iſt daher die gewaltſame Beſeitigung des Verſchluſſes eines Behältniſſes, in welchem ſich die Sache befindet, welche den Gegenſtand des Diebſtahls bildet. Das „Behältniß“ umfaßt auch die „Gebäude.“ Die Geſetzbücher unterſcheiden aber meiſtens beide Begriffe. Um bei unſerer Darſtellung uns möglichſt an die Geſetzbücher anſchließen zu können, acceptiren wir für die erſtere dieſen Unterſchied. Wir werden daher im Folgenden zunächſt die Begriffe des Verſchluſſes und der Gewalt an Sachen feſtſtellen und erſt, nach Abhandlung des Einbruchs von Außen und im Innern, ſoweit der Gebäudetheile zum Gegenſtande hat, zur Feſtſtellung des Begriffs „Behältniß“ (im engern Sinne des Wortes) übergehen.

§. 3.

Begriff des Verſchluſſes (S. oben S. 22 f.).

Der Verſchluß muß durch eine Vorrichtung erfolgt ſein, welche von Menſchenhand herrührt. Der Diebſtahl aus einem zugefrornen (an ſich offenen) Fiſchhälter durch Aufſchlagen der Eisdecke, ſo wie der Diebſtahl, welcher an Feldfrüchten, die unter einer Miſtdecke auf dem Felde lagerten, dadurch verübt wurde,

Digitized by Google

daß der Dieb die durch die Kälte zusammengefrorene und mit dem Erdboden hierdurch verbundene Mistdecke zertrümmerte[1]), sind von dem O. A. G. zu Dresden nicht als qualificirte Entwendungen behandelt worden. Dagegen sind Gruben auf dem Felde, in welche Früchte zur Ueberwinterung gelegt und mit einer festgestampften Erdschichte bedeckt werden, verschlossene Behältnisse.[2])

Im Uebrigen ist die Natur des Verschlußmittels selbst rechtlich gleichgiltig. Die Schnure, mit welcher eine Thüre von Innen,[3]) oder der Deckel eines Korbes zugebunden worden, ist ebenso gut ein Verschlußmittel als der Strick, mit welchem der Sack zugebunden.[4]) Auch das Plombiren, wie das Versiegeln[5]) und das Zunähen erachten wir für Acte des Verschließens.[6])

Allerdings wird ein solches Zunähen vorausgesetzt, daß eine Auftrennung nöthig ist, um in das zugenähte Behältniß gelangen zu können. Ebenso ist das Holzkästchen, dessen defecte Wand durch einen aufgeklebten Papierstreifen ersetzt worden, wenn es nur weiter keine Oeffnung darbietet, ein verschlossenes Behältniß.

Es macht daher keinen Unterschied, ob der Verschluß ein besonders starker ist, — es genügt, wenn er dem Eindringen des

---

1) Sächs. Ger. Zeitg. Bd. IV. S. 481.

2) S. auch Herbst, Handb. Bd. I. S. 344. Ebenso O. A. G. zu Dresden.

3) Vgl. z. B. Kersting, Strafrecht in Churhessen. S. 669. Ebenso das O. A. G. zu Dresden.

4) N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht. Bd. V. S. 483. f. Sächs. Ger. Ztg. Bd. III. S. 296.

5) Ebenso das O. A. G. zu Dresden. Kitka, Abhandl. a. d. Strafrechte, S. 192 f.

6) Vgl. hier auch Herbst, Handb. I. S. 342 f. Kitka, Abhandl. ꝛc. a. d. Strafrechte, S. 191 ist in Bezug auf das Zunähen anderer Meinung. Man bediene sich zum Versperren einer Sache wohl eines Schlosses, Riegels, einer Schnalle ꝛc., nicht aber eines Zwirnfadens; — dies sei gegen den Sprachgebrauch. Kitka selbst aber definirt S. 193 „versperren" als „durch ein veranstaltetes Hinderniß von dem Zutritte Anderer Ausschließen."

Digitized by Google

Diebes einen Widerstand entgegensetzt, welcher durch Gewalt beseitigt wird, — so wie es auch gleichgiltig ist, ob die Art des Verschlusses ein gewöhnlicher ist (wie durch Schlösser ꝛc.) oder ein außergewöhnlicher. Die Bedeutung des Wortes „Schloß" kann die engere, auf die Fälle der ersteren Art beschränkte Auslegung des Worts „Verschluß" gegenüber dem Wortlaute und der Tendenz der neuen Gesetze, nicht rechtfertigen. Das Schloß ist nur ein Mittel, wenngleich das gewöhnliche des Verschlusses.

Immer wird jedoch eine durch das Verschlußmittel bewirkte Verbindung der Oeffnung des Behältnisses mit dessen übrigen Theilen vorausgesetzt. Es sollen die einzelnen Theile sich durch dieses Mittel an einander schließen und dadurch ein geschlossenes Ganze bilden. Diese Cohärenz wird durch die Gewalt wieder beseitigt.

Wir nehmen daher einen qualificirten Diebstahl nicht an, wenn der Verschluß durch das Vorschieben einer Kiste an die (unverschlossene) Thüre bewirkt ist, selbst wenn das Vorschieben zu diesem Zwecke erfolgt war. Ebenso nehmen wir ihn nicht an, wenn die Thüre nur verquollen ist und durch starkes Aufziehen geöffnet wird.[1]) Das Verquellen der Thürflügel ist in keiner Weise ein Verschluß der Thüre. In dem ersten Falle wirkt die Kiste nur durch das Gesetz der Schwere und steht in keiner Cohärenz mit der Thüre selbst; auch äußert sich die Thätigkeit des Eindringenden nur secundär auf die Kiste, welche lediglich durch den gegen die Thüre ausgeübten Druck fortbewegt wird, wie sie auch nur durch das Aufliegen auf dem Boden Widerstand leistet.

Der Verschluß muß insoweit ein beabsichtigter gewesen sein, als das Verschlußmittel zu dem Verschlusse regelmäßig bestimmt oder hierzu im einzelnen Falle von dem Inhaber bestimmt worden ist. Die Sache, welche ein auf der Straße Vorübergehender aus Versehen in das offene Loch eines verschlossenen Kellers fallen läßt, befindet sich im Verschlusse des Kellers, wenngleich dies weder der Eigenthümer des letztern weiß, noch der

1) Ebenso das O. A. G. zu Dresden.

Digitized by Google

Inhaber der Sache gewollt hat. Es ist zum Begriffe der verschlossenen Sache nicht nöthig, daß der Besitzer des verschlossenen Raumes davon Kenntniß hat, daß die einzelne Sache in ihm sich befinde, oder daß der Besitzer der Sache sie in diesen Verschluß zur Sicherung gebracht habe. Der Keller hat (im obigen Beispiele) überhaupt die Bestimmung des Verschlusses der in ihm befindlichen Sachen.

In einigen Gesetzgebungen wird von „Vorrichtungen" und „Verwahrungsmitteln" gesprochen. Es deuten diese Worte auf absichtliche Verschlußmittel hin.[1])

Ob das Verwahrungsmittel, welches durch den Einbruch beseitigt wird, in voller Integrität sich befunden und daher vollständig seinem Zwecke genügte, ist gleichgiltig, dafern es nur, wenngleich mangelhaft, dem Eindringen einen Widerstand entgegenstellte. So ist z. B. das Ausnehmen einer zerbrochenen Fensterscheibe aus der Holzkleidung ꝛc. mit Recht als Einbruch bezeichnet worden.[2]) Ebenso hat man den Fall behandelt, als die Theile der zerbrochenen Fensterscheibe durch Kitt aneinanderbefestigt, dieser aber noch nicht trocken gewesen und der Dieb durch einen Druck auf die Scheibe die Verbindung wieder gelöst hatte.[3]) Langt dagegen der Dieb durch ein vorhandenes Loch in der Fensterscheibe den Gegenstand aus dem Zimmer heraus, ohne die Fensterscheibe oder einen Theil derselben herauszunehmen, so ist die Auszeichnung nicht vorhanden. Ein Verschluß ist ferner angenommen worden, als das Loch in einer Holzwand mit einem Brete zugesetzt und dieses angenagelt gewesen, obschon in Folge der Zeit und ihrer Einwirkung die Nägel nur noch ganz leicht in den Löchern steckten.[4])

---

1) Vgl. auch Bothmer. a. a. O. S. 122.

2) Zeitschr. f. Gesetzg. ꝛc. in Bayern. Bd. I. S. 461.

3) Schletter, Annalen (Hitzig) Jahrg. 1852. Novbrheft. S. 211.

4) Es hatte der Dieb die Nägel ohne jede Kraftanwendung einfach mit den Fingern aus den Löchern herausgezogen. Man nahm Auszeichnung nicht an, weil die Oeffnung ohne Gewalt verübt worden. (K. Sächs. Praxis). Hätte der Dieb die Nägel erst lockern müssen, um

Digitized by Google

Dagegen war ein Verſchluß in dem Falle nicht anzunehmen, als der Dieb die, den Zuſammenhang des Daches und der dasſelbe tragenden Mauer bildenden Schaalhölzer, welche nicht an einander befeſtigt, ſondern nur aneinander gelegt waren, auf die Seite geſchoben hatte.[1]) Ebenſo ſind die Fälle behandelt worden, als der Dieb losgelöſte Strohſchoben des Daches, losgetrennte Breter einer Plankenwand bei Seite geſchoben hatte. Es iſt hier nirgends eine Cohärenz mehr vorhanden, — es iſt eine Löſung des Verſchluſſes bereits erfolgt.

Der Begriff des Verſchluſſes wird jedoch dadurch nicht aufgehoben, daß der Raum, in welchem ſich die Sache befindet, an irgend einer Stelle einen unbeſchränkten Zugang geſtattet und daher der Eintritt in denſelben ohne gewaltſame Beſeitigung eines Verſchlußmittels möglich iſt. Es genügt, daß er an der Stelle verſchloſſen iſt, an welcher der Dieb in den Raum eingedrungen iſt.[2]) Wir nehmen hier auf die obige Ausführung S. 54. Bezug.[3])

Dieſer Auffaſſung ſteht die Oeſterreichiſche Spruchpraxis entgegen. Daſelbſt wird die Qualität einer „verſperrten" Sache darin gefunden, daß ſie ſich in einem Behältniſſe befindet, in welchem ſie gegen ſolche Angriffe derart geſchützt iſt, daß ſie ohne Gebrauch von vom Behältniſſe abgeſonderten Werkzeugen oder Anwendung von Gewalt auf gewöhnlichem Wege unzugänglich iſt.[4]) Man ſetzt hierbei eine abſichtlich erfolgte Verſperrung voraus und erkennt die bloße Thatſache der, nur durch

---

ſie herausziehen zu können, ſo würde Gewalt vorliegen. N. Jahrb. f. Sächſ. Strafrecht. Bd. VII. S. 219.

1) Neue Jahrb. f. Sächſ. Strafrecht. Bd. V. S. 268. Vgl. noch Kerſting, a. a. O. S. 670.

2) So hat z. B. das O. A. G. zu Dresden wiederholt entſchieden. Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. VII. S. 396, jedoch auch Bd. VII. S. 715.

3) Vgl. noch Zachariä, d. L. vom Verſuche ꝛc. Thl. I. S. 278. Temme, Beiträge ꝛc. S. 75 f.

4) Vgl. Weeber, a. a. O. S. 349 f.

Digitized by Google

gewaltsame Wegräumung oder listige Eröffnung zu beseitigenden Verschließung nicht als ausreichend an.[1]) Man nimmt daher einen qualificirten Diebstahl nicht an, wenn die Sache aus dem offenen Fenster mit der Hand herausgeholt wird, — wohl aber dann, wenn sie mittels eines an einer Stange befestigten Hakens herausgeholt wird. Ebenso wird die Qualification nicht angenommen, wenn der Dieb in dem Irrthume, daß das unverschlossene Haus verschlossen sei, eine Fensterscheibe eindrückt und einsteigt,[2]) — wohl aber hat man deshalb, weil ein Fenster offengestanden, durch das der Dieb eingestiegen, das Haus, dessen Thüre verschlossen gewesen, nicht als unversperrt angesehen.[3])

§. 4.

Ueber die Begriffe „Einbruch;" „gewaltsame Eröffnung;" „Gewalt an Sachen."

Was ist unter „Einbruch" zu verstehen?[4]) Im Allgemeinen ist Einbruch nach den neuen Gesetzbüchern die gewaltsame Eröffnung oder die gewaltsame Erweiterung einer Oeffnung des Gebäudes. Es wird von gewaltsamer Beseitigung von Vorrichtungen, welche dem Eindringen entgegenstehen,[5]) so wie speciell von Thüren, Wänden und Fenstern gesprochen.

Nach diesen Definitionen muß angenommen werden, daß die „Oeffnung" ꝛc. des Gebäudes auch auf andere Weise geschehen kann, als durch „Brechen;" dasselbe ist nur eine Art der gewaltsamen Eröffnung. Es kann daher auch aus dem sprachlichen Gebrauche des „Brechens" kein Beschreiben des Moments

---

1) Herbst, Handb. ꝛc. Bd. I. S. 344. Vgl. noch hierüber und die folgenden Fälle Kitka, Abhandl. a. d. Strafrechte ꝛc. S. 179 f.

2) Weber, a. a. O. S. 359 f.

3) Herbst, a. a. O. S. 345.

4) Goltdammer, Archiv Bd. IV. S. 347 f.

5) „ou autres utensiles ou instrumens servant à fermer ou à empêcher le passage (Code pénal.)

Digitized by Google

zur Erklärung der „Gewalt“ abgeleitet werden.[1]) Das K. Sächs. Strafgesetzbuch definirt das „Erbrechen“ ꝛc. in ähnlicher Weise, wie die übrigen Gesetzbücher, und hebt in der Definition das Merkmal des „Erbrechens“ nicht wieder hervor. Allein die Sächs. Praxis hat entschieden dieses Merkmal wieder in das Gesetz hineingetragen[2]) und außer der Gewalt, welche im Erbrechen liegt, nur solche Eröffnungen ihr gleichgestellt, welche dem „Erbrechen“ ziemlich nahe kommen; sie begreift unter dem „Erbrechen“ eine Verletzung entweder der Substanz oder des mechanischen Zusammenhangs; — jedoch nicht ohne Widerspruch gegen diese extensive Auslegung des Wortes „Erbrechen.“[3])

Ein „gewaltsames Erbrechen“ wird in dem Gesetzbuche von Oldenburg §. 226. Altenburg Art. 230 und in dem älteren Gesetzbuche f. K. Sachsen Art. 230 erfordert. Es ist nicht anzunehmen, daß hiermit etwas Anderes als das einfache „Erbrechen“ in den andern Gesetzen, insbesondere daß die effractio violenta der älteren Juristen gemeint sei.

Was ist nun „gewaltsame Eröffnung?“ Was bedeutet das Wort „Gewalt?“ Gehört namentlich zur Eröffnung eine „Verletzung“ des Verschlußmittels? Ist jede Gewaltanwendung ausreichend? Ist bei der Oeffnung, bez. Erweiterung eine bleibende Oeffnung ꝛc. gemeint?

Stellen wir gleich hier mehrere Fälle aus der Praxis auf: 1) Der Dieb biegt die Gitterstäbe eines Fensters auseinander, ohne sie zu brechen. — 2) Das Aufrütteln oder Aufwüchten einer verschlossenen Thüre, dergestalt, daß sie aus dem Schloße springt, ohne daß letzteres verletzt wird. — 3) Das Aufzwängen einer Flügelthüre, indem der Dieb einen Flügel hineindrückt, den andern aber an sich zieht und dadurch eine Oeffnung bewirkt, durch die er sich durchzwängt. — 4) Das Ausheben einer Thüre aus ihren

---

1) Vgl. dagegen Häberlin, Grundſ. Bd. IV. S. 74.

2) Vgl. insbesondere die Entscheidung des O. A. G. zu Dresden in Schwarze's Sächs. Ger. Ztg. Bd. I. S. 269 f.

3) Krug, Commentar z. K. Sächs. Strafgesetzb. ꝛc. (Ed. II.) Bd. II. S. 180 f.

Digitized by Google

Angeln durch die Unterschiebung einer Pfoste. — 5) Das Auslösen einer Fensterscheibe aus der Bleieinfassung. — 6) Die Zurückbiegung von Nägeln, welche in einer Plankenwand eine Planke an der andern festhalten. — 7) Die Herausziehung einer Planke in solcher Wand, deren einzelne Planken in den Erdboden eingesenkt sind, ohne weitere Befestigung oder Bindemittel. — 8) Die Oeffnung eines Fensterladens mittels Durchbrennung eines Lochs in denselben. — 9) Die Loslösung eines Schlosses durch Ausziehung der, dasselbe befestigenden Nägel. — 10) Das Durchschneiden des Strickes, mit welchem die Thüre an die Thürpfosten befestigt ist.

Die Frage: „was ist Gewalt an Sachen?“ ist von Heinze in den Blättern f. Rechtspfl. in Thüringen ꝛc. 1855. S. 290 f. sehr scharfsinnig erörtert worden. Heinze sucht nach einer Parallele mit der Gewalt an Personen; die letztere ist die (beabsichtigte, bez. bewirkte) Vergewaltigung des freien Willens; die necessitas alterius voluntati contraria imposita; der Wille sei — sagt Heinze — das, was als wesentliche, unentbehrliche Grundlage den Menschen zum Rechtssubject mache. Das Wesentliche und Unentbehrliche einer Sache, was ihre äußerliche Unabhängigkeit ermögliche und alle ihre physicalischen Eigenschaften bedinge, sei die Substanz, von der auch der Widerstand stets und ausschließlich ausgehe. Die Einwirkung auf die Substanz aber lasse sich nur denken als Aenderung d. h. bei den hier in Frage stehenden Sachen als Verletzung oder Zerstörung derselben.

Diese Begriffsbestimmung ist aber weder mit dem Sprachgebrauche, noch der Allgemeinheit der gesetzlichen Definitionen vereinbar.

Es ist zuzugeben, daß nicht jede Kraftäußerung, mit welcher eine Oeffnung des Gebäudes bewirkt wird, als „Gewalt“ in dem Sinne des Gesetzes, bezeichnet werden kann;[1]) denn eine solche

1) „Jede Gewalt, ohne Unterschied des Grades, ist hinreichend zum Begriffe des ausgez. Diebstahls“ sagt ein K. Bayer. Reſcript v. 31. Jan. 1817 (in Gönner's u. Schmidtlein's Jahrb. d. Gesetzg. ꝛc. Bd. III. S. 105).

Digitized by Google

iſt auch zum Aufklinken einer unverſchloſſenen Thüre nöthig. Die Geſetze ſprechen auch von „vorher nicht vorhanden geweſenen“ oder von „verſchloſſenen“ Eingängen, — von „gewaltſamen Hinwegräumen und Beſeitigen von Hinderniſſen und Verwahrungsmitteln, welche dem Eindringen entgegenſtehen“. Es deutet dies bereits darauf hin, daß nicht jede Kraftäußerung hinreicht; es wird eine Kraftäußerung verlangt, durch welche ein Verſchluß beſeitigt wird. Daraus folgt andererſeits nicht, daß eine beſonders ſtarke oder bedeutende Gewalt vorausgeſetzt werde. Es wird dies ſtets nur relativ ſein; je nach der Stärke des Hinderniſſes, welches beſeitigt werden ſoll; daher z. B. das Einſtoßen des, die Fenſterſcheibe vertretenden Papiers, dafern nur letzteres an den Fenſterrahmen angeklebt oder ſonſt befeſtigt iſt, als eine gewaltſame Beſeitigung des Verſchluſſes ſich darſtellt.[1])

Eine violenta und seditiosa effractio wurde, wie oben bemerkt, in Folge der Autorität Carpzov's, früher mehrſeitig verlangt und daher z. B. der Durchbruch einer Lehmwand oder eines Strohdaches nicht für genügend angeſehen.[2]) Dieſe Anſicht iſt längſt verworfen.[3])

Die „Oeffnung eines vorher nicht vorhanden geweſenen,“ ſo wie „eines verſchloſſenen Eingangs“ ſetzt (abgeſehen von dem Falle des Gebrauchs von Schlüſſeln) eine Gewalt voraus, durch welche das Hinderniß in nicht ordnungsmäßiger Weiſe beſeitigt wird.

Wir finden einen Fingerzeig für den Begriff des „Erbrechens“ und der „Gewalt“ bezüglich der hier beſprochenen Frage in dem Diebſtahle mit falſchen Schlüſſeln. Hier die mit Liſt, — dort die mit Gewalt verübte Beſeitigung des Verſchluſſes; in beiden Fällen nicht die ordnungsmäßige Beſeitigung. Wir ſind zwar geneigt, bei „Gewalt“ an ein Zertrümmern, Zerbrechen ꝛc.

---

1) In einem Falle (K. Sächſ. Praxis) war der Klebeſtoff (durch den Regen) abgelöſt; der Dieb hatte das Papier zurückgebogen und war in das Zimmer gelangt. Der Diebſtahl wurde als einfacher angeſehen.

2) Carpzov, Pr. rer. crim. P. II. qu. 79 n. 34. 44.

3) Tittmann, Handb. §. 471 u. d. daſ. Angef.

Digitized by Google

zu denken, aber dieſe Auffaſſung geht zu weit; — Gewalt liegt ſchon in einem Gebahren, welches weder einen ſolchen Einfluß auf die Sache ſelbſt ausübt, noch eine außergewöhnliche Kraftanſtrengung vorausſetzt; z. B. in dem Trennen einer Naht durch ein Meſſer. Die Gewalt zeigt ſich in der Beſchädigung des Verſchluſſes, — der falſche Schlüſſel hebt den Verſchluß auf, ohne ihn zu beſchädigen. Jene Beſchädigung iſt ziemlich ſtets eine ordnungswidrige, — dieſe wird es häufig erſt dadurch, daß die Perſon zum Gebrauche dieſes Mittels der Oeffnung nicht befugt war. So rechtfertigt ſich, aber auch nur mit Hinzunahme der „falſchen Schlüſſel" die Bezeichnung: „omnis apertura periculosa."[1])

Eine Verletzung der Subſtanz liegt im Begriffe der Gewalt nicht.[2]) Sucht man nach einer Parallele mit der Gewalt gegen Perſonen, ſo kann man ſie in der Ueberwindung des Widerſtandes finden, welchen die Sache nach ihrer Lage oder ihrer Verbindung mit anderen Gegenſtänden dem Menſchen entgegenſtellt. Allerdings iſt der Wille eines Menſchen, der ſich in der Lage oder Verbindung der Sache kund gibt, nicht etwas Unmittelbares, was die Sache ſelbſt betrifft. Allein es iſt für unſere Frage nach dem Begriffe der „Gewalt" ſchließlich gleichgiltig, daß der Widerſtand der Sache durch die Lage ꝛc. bedingt iſt, welche ihr der Wille eines Menſchen verliehen hat; — ſie leiſtet überhaupt Widerſtand, welcher durch die ſtärkere Kraft des Diebes gebrochen wird. Die unverſchloſſene Thüre leiſtet z. B. dem Eindringen keinen Widerſtand und das Aufklinken derſelben iſt keine Unterdrückung eines Widerſtandes.

Wir erachten daher den Diebſtahl für qualificirt, wenn der Dieb die Gitterſtäbe des Fenſters oder des Thores auseinandergebogen hat, auch ohne daß einer der Stäbe zerbrochen iſt. Das-

---

1) Böhmer ad C. C. C. l. c. §. 3.

2) Vgl. auch Egidy, d. V. des Diebſtahls ꝛc. (Leipzig, 1859) S. 119. Vgl. dagegen Goltdammer Archiv Bd. III S. 705, woſelbſt der Satz aufgeſtellt wird, daß „die gebrauchte Gewalt mit einem Brechen d. h. mit der Zerſtörung eines feſten Körpers verbunden ſein müſſe."

Digitized by Google

ſelbe gilt, wenn die Cohärenz der Sache aufgehoben wird; z. B. wenn der Dieb das Fenſter aus der Bleieinfaſſung loslöſt oder wenn er die, das Fenſter haltenden Holzpflöckchen herauszieht.[1]) Wir rechnen hierher das Zerren am Schloße der Thüre, bis es aufgeht und hiermit auch die Thüre ſich öffnet,[2]) das Aufwuchten und das Ausheben einer verſchloſſenen Thüre, das Anrennen an eine verſchloſſene Thüre behufs der Sprengung des Schloſſes,[3]) das Aufzwängen derſelben durch den Druck gegen einen Flügel derſelben.[4])

Das Rütteln an der Thüre, um die dasſelbe im Innern verſchließende Kettel herabzuſchütteln, müſſen wir ebenfalls als eine Gewalt bezeichnen, durch welche der Verſchluß beſeitigt wird.[5]) Fraglich kann es im einzelnen Falle jedoch werden, ob eine ſolche, leicht zu beſeitigende Kettelung als ein Verſchluß zu betrachten iſt. Ebenſo in den Fällen, wo die Thüre durch eine Haspe und beziehendlich einen eingeſchlagenen Nagel verſchloſſen war und der Dieb ſo lange rüttelte, bis die Haspe, bez. der Nagel herabfiel.[6])

Die Zerſchneidung des, die Thüre im Innern verſchließenden Bindfadens (durch ein zwiſchen die Spalte eingeführtes Meſſer) iſt eine gewaltſame Beſeitigung des Verſchluſſes,[7]) — nicht aber die mit eingeſchobenem Stocke oder durchgezwängter Hand[8]) bewirkte Aushebung des Fadens. In einem Falle war das Fenſter nicht geſchloſſen, ſondern es waren die Fenſterflügel im

---

1) Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen Bd. I. S. 58. vorausgeſetzt (wie oben §. 3. bemerkt), daß ſie noch einen Verſchluß bilden.

2) Andrer Meinung d. O. A. G. zu Dresden in d. N. Jahrb. f. Sächſ. Strafr. Bd. VI. S. 477.

3) Klien, Reviſ. d. L. v. Diebſtahle S. 415.

4) Vgl. dagegen Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. III. S. 705 f. — „et de toute espèce de clôture quelle qu'elle soit." (Code pénal.)

5) Vgl. auch Egidy a. a. O. S. 124.

6) Vgl. Buſch, d. neuen Crim. Geſ. Bücher d. K. Sachſen ꝛc. S. 216.

7) Das O. A. G. zu Dresden nahm die Qualification an.

8) Egidy, a. a. O.

Digitized by Google

Innern zugebunden; der Dieb zog durch den Spalt des aufklaffenden Fenſterflügels an dem herabhängenden Faden und löſte in dieſer Weiſe einfach die Schleife des Fadens auf. Das O. A. G. zu Dresden nahm (mit Recht) einfachen Diebſtahl an.[1]) In einem Falle hatte der Dieb den Deckel, welcher die ebene Platte der Kommode, ſoweit es die dem Holze eigene Elaſticität geſtattet, dergeſtalt gewaltſam in die Höhe gehoben, daß bei dem gleichzeitigen Herausziehen des obern Schubfaches der Riegel des an demſelben befindlichen Schloſſes zurückgewichen iſt. Wir finden hierin eine Gewalt, durch welche ein Verſchluß beſeitigt worden. Daß jene nicht bedeutend und dieſer nicht beſonders ſtark geweſen, iſt ebenſo einflußlos, als daß eine Beſchädigung des Verſchlußmittels nicht erfolgt war.[2])

Die Eröffnung durch Liſt iſt kein Fall der Erbrechung. In einem Falle hatte A in die ihm und dem B gemeinſchaftliche, in Bezug auf den Gebrauch zwiſchen ihnen und den einzelnen Fächern getheilte Kommode und zwar in das, dem B gehörige von letzterm auch verſchloſſene Fach dadurch ſich Zugang verſchafft, daß er das ihm gehörige obere Fach aufgeſchloſſen und herausgezogen. Der Verſchluß des, dem B gehörigen Fachs war zwar illuſoriſch gemacht, aber in keiner Weiſe wirklich verletzt worden. Das O. A. G. zu Dresden nahm einfachen Diebſtahl an.[3])

Eine Beſeitigung des Verſchluſſes liegt ferner nicht vor, wenn das Verſchlußmittel ſelbſt — obſchon vielleicht gewaltſam — entfernt wird, um die Möglichkeit des Verſchließens (auf einige Zeit) zu hindern. Als in einem Falle die Haspe einer Scheunenthüre, welche in dieſem Augenblicke unverſchloſſen war, von dem Diebe in der Abſicht herausgezogen und resp. abgebrochen wurde, um den Eigenthümer außer Stand zu ſetzen, die Scheune zu ver-

---

1) Sächſ. Ger. Ztg. Bd. VI. S. 30.

2) Dagegen nahm das O. A. G. zu Dresden aus letzterem Grunde einfachen Diebſtahl an. Sächſ. Ger. Ztg. Bd. V. S. 461.

3) Ueber den Fall nach öſterr. Rechte, wo auch die liſtige Beſeitigung der Sperre, wie überhaupt jede ordnungswidrige Beſeitigung derſelben qualificirt, vgl. Kitka, Abhandl. ꝛc. S. 183 f.

Digitized by Google

ſchließen, und um die Möglichkeit des unbehinderten Zugangs zur Ausführung eines Diebſtahls in der Scheune ſich zu verſchaffen, wurde der Diebſtahl mit Recht als ein einfacher angeſehen. [1])

§. 5.

Nähere Feſtſtellung der „Gewalt."

Die Gewalt ſelbſt kann verſchieden ſich äußern. Die Anwendung eines Werkzeuges iſt bei der Annahme von Gewalt nicht nöthig. Es kann die Oeffnung mit der Hand mittels Schlagens, Stoßens oder Abbrechens erfolgen. Die Kraft des körperlich ſtarken Menſchen kann bedeutender ſein als die eines Inſtruments in der Hand eines ſchwachen Menſchen. Die Gewalt kann ſelbſt mit dem Finger verübt werden; [2]) ſo z. B. die Erweiterung eines Loches durch Reißen mit dem Finger; das Aufreißen einer Naht. [3]) Sie kann auch in der Inkraftſetzung von anderen Mitteln, als von rein mechaniſchen (wie der Fauſt, des Beiles ꝛc.) ſich äußern, z. B. die Aufſprengung eines Schloſſes durch Pulver [4]) oder durch einen Schuß ſelbſt. [5])

Die Anſicht, [6]) welche bei dem Diebſtahle mittels Einbruchs Werkzeuge vorausſetzte, beruhte auf der irrigen Annahme, daß die

---

1) Goltdammer, Archiv Bd. V. S. 697.

2) Dies wurde ſelbſt von Juriſten geläugnet, welche im Uebrigen Inſtrumente nicht verlangten. Vgl. z. B. Koch, Anfangsgr. d. p. R. ꝛc. §. 191. Anm. 1. u. das daſ. Angef.

3) Vgl. dagegen z. B. Hufnagel, Commentar Bd. III. S. 353, 400.

4) Salchow, Entwendung ꝛc. S. 116. Henke, Handb. ꝛc. §. 146. Dies wurde früher wegen zu beſchränkter Auslegung der Carolina beſtritten. Vgl. z. B. Böhmer ad Carpzov qu. 79. obs. 4 — ad art. C. C. C. 159. §. 3.

5) Vgl. d. Fall in Hohnhorſt, Jahrb. d. A. H. G. zu Mannheim Bd. IV. S. 136. Man nahm daſelbſt bewaffneten Diebſtahl an.

6) Kleinſchrod, in deſſen Abhandl. Thl. II. S. 117 f. Molitor im Archive des Crim. Rechts Bd. IV. S. 103. Von den Aelteren vgl. Carpzov, qu. 79. no. 96. Leyser, Med. ad Pand. sp. 536. med. 13. Dorn, Commentar I. §. 143. Es wurde aber ſelbſt von Leyser, med.

Digitized by Google

Carolina auch bei den Diebstählen mittels Einbrechens und Einsteigens die Gefährdung der persönlichen Sicherheit der Bestohlenen im Auge habe. Diese Annahme geht aus einer irrigen Auslegung der Carolina hervor und findet namentlich in den neuen Gesetzen keine Unterstützung mehr.

Die Gesetze selbst sprechen von der Eröffnung „eines verschlossenen" „eines nicht vorhanden gewesenen oder eines verschlossenen Eingangs" und von der „Erweiterung einer schon vorhandenen Oeffnung." Die Eröffnung, eines nicht vorhanden gewesenen" Eingangs deutet auf den Ein- und Durchbruch von Mauern und andern Befriedigungen hin. In einem Falle hatte der Dieb aus der Mauer, welche aus aufeinandergeschichteten, mit Lehm nicht verbundenen sogen. Bruchsteinen bestand, die unteren Steine dadurch herausgezogen, daß er die oberen, mit ihrer Last aufliegenden Steine hinweggeräumt hatte.[1]) Das O. A. G. zu München nahm ausgezeichneten Diebstahl an, weil das Herausziehen und Hinwegräumen von Steinen einen, wenn auch leichten Grad von Gewalt voraussetze. Wir würden hier zwar einen Verschluß, aber keine gewaltsame Beseitigung desselben annehmen, da das Abtragen der Steine zwar eine Kraftanstrengung erfordert, aber die Lage des einzelnen Steines, welcher einfach weggenommen wurde, immerhin nicht einen Widerstand ausdrückte. Ebenso wenn der Dieb die Steine herausnimmt, mit welchen eine Fensteröffnung ꝛc. in der Mauer ausgesetzt war.[2]) Der Fall ist demjenigen ähnlich, wo der Dieb die vor der Thüre stehende Kiste einfach auf die Seite hinübergesetzt. Anders, wenn der Dieb z. B. die Mauer eingestürzt hätte.

Die Worte „nicht vorhanden gewesen" bezeichnen in ihrem Gegensatze zu „verschlossen," eine vorher nicht existent gewesene

---

13, der im Uebrigen Carpzov's Meinung verwirft, eine vis atrocior erfordert und ein Erbrechen mit der Hand nicht als Qualification betrachtet. Selbst ein (einfaches) Messer wurde nicht für ein gefährliches Instrument angesehen. Klein, Rechtssprüche der Hallischen Juristenfac. Bd. I. S. 262 f.

1) Blätter f. R. A. in Bayern Bd. XIII. S. 349.

2) Tittmann, Handb. ꝛc §. 470.

Digitized by Google

Oeffnung, nicht blos einen vorübergehenden oder nur für den Dieb vorhandenen Verschluß einer Oeffnung, so wie das Wort „verschlossen“ auf einen bereits vorhandenen, ordnungsmäßigen Eingang oder Zugang, welcher nur gegenwärtig ungangbar gemacht worden, hinweist.

Die „Erweiterung einer schon vorhandenen Oeffnung“ wird da, wo Löcher, Luken ꝛc. in den Mauern und sonstigen Einfriedigungen gewaltsam erweitert worden, keinen Zweifel hervorrufen. Es ist dabei gleichgiltig, ob die Oeffnung, welche vom Diebe erweitert wird, vom Eigenthümer absichtlich bewirkt oder ob sie zufällig entstanden ist, sei es auch, daß letzternfalls eine Nachlässigkeit desselben mitwirkt.

Dessenungeachtet kann der Begriff „Oeffnung“ Zweifel erregen, z. B. in dem Falle, daß der Dieb die zwar verschlossene, aber klaffende Thüre soweit abzwängt,[1]) um sich durch den Spalt in das Gebäude einzudrängen. Nach seinem Eindringen geht die Thüre in ihre alte Lage zurück. Kann man hier von einer „Erweiterung der Oeffnung“ sprechen? Es ist das Abstehen der Thüre von der Wand, welches der Dieb benutzt und gemißbraucht hat, kaum eine „Oeffnung“ im Sinne des Gesetzes zu nennen. Ebenso fragt es sich, ob man das Abzwängen unter das „gewaltsame Hinwegräumen eines Verwahrungsmittels“ stellen kann. Es liegt in dem „Hinwegräumen“ ein mehr als vorübergehendes Beseitigen. Einzelne Gesetze sagen: „oder sonst eine Oeffnung macht.“ Momentan ist hier allerdings eine Oeffnung bewirkt worden.

Dies führt zu der Frage, ob die Oeffnung, bez. deren Erweiterung ꝛc. eine solche sein muß, daß sie bleibende Spuren hinterläßt. Meistentheils wird dies der Fall sein; bei jeder Erbrechung, Zerstörung. Allein zu dem Begriffe der Erweiterung und der Oeffnung, wie zu dem der Gewalt ist dies kein nothwendiges Requisit. Wir würden daher in dem Durchzwängen eine gewaltsame Eröffnung finden (die Bewirkung einer Oeffnung, — nicht die Benutzung oder Erweiterung einer vorhandenen Oeffnung).

---

1) Vgl. oben §. 4. S. 81.

Digitized by Google

Mit dieser Ausführung treten wir der Frage nahe, worauf erstreckt sich die Gewalt, mit welcher der Verschluß beseitigt wird? [1]) Es ist nicht nothwendig, daß die Integrität des Behältnisses (im weitesten Sinne) durch die gewaltsame Beseitigung des Verschlusses beschädigt werde. Die Beseitigung kann in einer Weise erfolgen, daß jede Integrität völlig unberührt bleibt. Die Beseitigung des Verschlusses bietet den freien Zugang zu der verschlossen gewesenen Sache, gleichviel ob dieser Verschluß eine Thüre oder ein Behältniß ist. Das Abbrechen des Schlosses läßt möglicherweise die Thüre, wie das Behältniß unbeschädigt. Andererseits kann die Beseitigung in einer Weise erfolgen, welche die Integrität des Verschlußmittels selbst nicht berührt, z. B. das Durchschlagen eines Feldes in der verschlossenen Thüre, einer Seitenwand des verschlossenen Kastens (z. B. in einem Falle die Rückwand eines verschlossenen Kleiderschranks). Wird das Verschlußmittel unmittelbar beseitigt, so kann dies auf eine Weise erfolgen, welche, ohne Verletzung der Integrität, einfach die Cohärenz desselben mit dem verschlossenen Gegenstande löst, z. B. die Durchschneidung einer Naht, die Abnahme des Schloßes durch Auflockern und Ausziehen der Verbindungsnägel.

Man muß aber sagen, daß auch in den Fällen, in welchen das Verschlußmittel nicht unmittelbar berührt wird, es doch durch die Gewalt gegen das verschlossene Behältniß (z. B. Durchschlagen der Thüre) seine Wirksamkeit verliert. Die Thätigkeit des Diebes ist gegen den Verschluß der Sache gerichtet, und er beseitigt ihn durch die Gewalt gegen das Verschlußmittel oder gegen die, durch dasselbe verbundenen Gegenstände. Der Verschluß, die Sperre der Sache, ist das Hinderniß der Ergreifung derselben und die ordnungswidrige Beseitigung des Hindernisses ist das Qualificationsmoment. Das Verschlußmittel bildet mit den durch dasselbe verbundenen Gegenständen ein Ganzes, durch welches der Verschluß selbst hergestellt wird. Ob nun diese Beseitigung das Ganze oder nur einzelne Theile des Verschlusses hinweggeräumt, dies ist gleichgiltig. Ebenso auch, wenn

1) Vgl. Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. IV. S. 347 f.

Digitized by Google

durch die Gewalt der freie Zugang zu dem Verſchlußmittel und dadurch die an ſich ordnungsmäßige Oeffnung desſelben ermöglicht wird; z. B. das Durchſchneiden einer verriegelten Thüre und das Durchgreifen mit der Hand durch das eingeſchnittene Loch, um den Riegel aufzuziehen oder eine Schloßklammer auszuheben.[1])

§. 7.

(Aeußerer) Einbruch als Mittel des Zugangs zu der Sache; — diebiſche Abſicht.

Der Einbruch erfolgt in ein Gebäude. Es wird nicht vorausgeſetzt, daß das Gebäude ein fremdes für den Dieb iſt.[2])

Der Einbruch von Außen erfolgt in das Gebäude, aus welchem die Sache geſtohlen wird. Gleich ſteht zunächſt der Fall, wo nicht das Gebäude ſelbſt erbrochen, ſondern in die, das Gebäude umgebende und umſchließende Einfriedigung eingebrochen wird.[3])

Ebenſo gehört hierher[4]) auch der Einbruch in Gebäude, die mit demjenigen Gebäude in innerer Durchgangsverbindung ſtehen, aus welchem geſtohlen wird.[5]) Die Sicherheit eines jeden dieſer Gebäude iſt aufgehoben, wenn in das andere Gebäude eingebrochen worden.

Der Einbruch muß bereits in diebiſcher Abſicht erfolgt ſein.[6]) Es kommt wohl vor, daß er nur behufs der Uebernachtung in dem (leerſtehenden) Gebäude (z. B. Gartengebäuden, Ställen, Scheunen) erfolgte und der Dieb, am andern Morgen, durch den

---

1) Vgl. auch den Fall in Stenglein's Zeitſchr. f. Gerichtspr. in Bayern Bd. I. S. 12. Vgl. noch Kerſting, S. 670.

2) Wegen des Mitbewohners vgl. oben S. 48.

3) Vgl. noch oben S. 55, 57 f.

4) Vgl. oben S. 63.

5) K. Bayer. G. B. Art. 278. Entw. v. Bremen. §. 404.

6) Vgl. noch den Fall im Archive f. Oldenb. Recht Bd. I. S. 168. Entſtehen Zweifel, ſo iſt die Abſicht beſonders feſtzuſtellen. Goltdammer, Archiv Bd. VII. S. 214.

Digitized by Google

Anblick der durch die Dunkelheit unsichtbar gewesenen Gegenstände und die gute Gelegenheit verführt, beim Verlassen der Schlafstätte Gegenstände mitnimmt. Hier ist der Diebstahl ein einfacher. So hat das O. A. G. zu Dresden mehrmals entschieden.[1])

Der Einbruch muß den Zweck gehabt haben, *Zugang* zu der zu stehlenden Sache zu erlangen. Es ist aber nicht nöthig, daß der Dieb bei dem Einbruche von Außen das Gebäude selbst betreten. Die Carolina setzte dies voraus, indem sie verlangte, daß der Dieb „*in* Jemands Haus einbricht." Schon oben (S. 71.) machten wir auf diese wesentliche Verschiedenheit aufmerksam. Das Erbrechen des Hauses, um aus demselben die Sache herauszulangen, genügt nach den jetzigen Gesetzbüchern.

Auch mit dieser Auffassung werden der Einbruch von Außen und der Einbruch im Innern auf denselben Gedanken zurückgeführt. *Es ist die gewaltsame Aufhebung des Verschlusses einer beweglichen Sache.* Nicht die Verwegenheit des Diebes, — nicht die Verletzung der häuslichen Sicherheit — nicht die etwaige Gefährdung der Person des Eigenthümers sind mehr maßgebend. Es ist nur die Beseitigung des Verschlusses, die entscheidend wirkt.

Einzelne Gesetzgebungen sehen in dem Einbruche, wenn der Dieb ihn als Mittel zum Eindringen in das Gebäude benützt *und* eindringt, eine erhöhte Qualification, — eine Auszeichnung zweiter Stufe.[2])

Aus dem Satze, daß der Einbruch den Zweck gehabt haben muß, *Zugang* zu der zu stehlenden Sache zu erlangen, folgt, daß die Qualification nicht vorhanden, wenn der Dieb die Erbrechung vornahm, um sich einen *Ausgang* zu verschaffen. Dies gilt namentlich in dem Falle, wenn der Gefangene ausbricht und dabei Sachen entwendet; das Erbrechen dient hier nicht als Mittel zum Diebstahle. Ohnedem ist der Verschluß in der Regel gegen den Gefangenen selbst, weniger zur Aufbewahrung

1) Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. V. S. 698. Das Obertribunal zu Berlin erkennt jetzt im entgegengesetzten Sinne.

2) Württemb. G. B. Art. 324.

Digitized by Google

der Sachen angebracht, und die eigentliche Intention des Diebes auf *seine Befreiung* gerichtet.[1]) Aehnlich ist der Fall, wo der Dieb sich einsperren läßt, Sachen entwendet und sie sodann z. B. unter Wegziehung des Nachtriegels an der Hausthüre, fortträgt. Der Verschluß ist hier durch List beseitigt. Davon aber auch abgesehen, war der Verschluß gegen das Eindringen von *Außen* gerichtet, während der Thäter sich im *Innern* befand; ihm gegenüber war der Verschluß nicht vorhanden.[2]) Diese Thatsache ist unabhängig von der Berechtigung oder Nichtberechtigung des Diebes zum Verweilen im Gebäude. In gleichem Maße würde der Fall zu entscheiden sein, wenn der Dieb im offenen Hause stiehlt, von dem Verschlusse desselben überrascht wird, hierauf noch einige Sachen entwendet und nunmehr die Hausthüre in obiger Maße zu seinem Rückzuge öffnet.

Das O. A. G. zu Dresden ist in den Fällen anderer Meinung, in welchen der Dieb nach Ansichnahme der Sache die letztere aus dem Gebäude nicht anders, als durch Erbrechung desselben fortschaffen konnte. In einem Falle war der Dieb (in nicht qualificirender Weise) in ein verschlossenes Gehöfte gelangt, hatte daselbst aus einem Stalle ein Pferd herausgezogen und sodann, um mit ihm den Ausgang zu gewinnen, das Hofthor erbrochen. Der Zweck des Erbrechens war nicht ein bequemeres Fortschaffen der Sache, sondern es konnte der Diebstahl, bei der Natur des Gegenstandes, nicht ausgeführt und beendigt werden, ohne daß der Verschluß beseitigt wurde. Die Sache war, vor Wegräumung des Verschlusses, noch im Besitze und Dispositions-Kreise des Bestohlenen; die Ansichnahme der Sache gewährte dem Diebe noch keineswegs eine vollständige, freie Disposition über dieselbe; sie war gewissermassen immer noch in einem, auch zu ihrer Sicherung bestimmten Verschlusse; die Handlung des Diebes selbst aber würde eine zwecklose gewesen sein, wenn er nicht zu-

---

1) Einige Unterschiede macht Kitka, in s. Abhandl. a. d. Strafr. ꝛc. S. 169 f.

2) Ueber diesen Fall nach Oesterr. Rechte. Vgl. Kitka, a. a. O. S. 174 f.

Digitized by Google

gleich die Intention gehabt hätte, die Sache sich auf diese Weise zu sichern. Das Erbrechen steht daher in einem nothwendigen Zusammenhange mit der Ansichnahme und bildet den Schlußstein der letztern, ohne welche sie in Wahrheit nur einen Versuch enthält. Sämmtliche Handlungen des Diebes sind aber in ihrer Continuität, wie in ihrer Gesammtheit in's Auge zu fassen.[1]) Die Erbrechung ist hier Mittel zur Ausführung des Diebstahls.

Es ist nicht erforderlich, daß der Einbruch und der Diebstahl unmittelbar aufeinander folgen, dafern nur ersterer zum Zwecke des letzteren bewirkt wurde. Der Zwischenraum der Zeit und mit ihm der Mangel der Continuität wird durch die Einheit der, beide Acte als die getrennte Ausführung derselben That umfassenden Absicht ausgeglichen.[2]) Dieser Satz von der Vermittelung durch die Einheit der Absicht bei der getrennten Ausführung ist ein allgemeiner.

Ebenso kann es vorkommen, daß der Einbruch in der Absicht verübt wird, ihn zur Ausführung einer Mehrzahl, nach und nach zu verübender Diebstähle zu benutzen. Hier wird jeder Diebstahl als ein ausgezeichneter, die Gesammtheit aber als ein fortgesetzter Diebstahl zu betrachten sein.[3])

§. 8.

Der Einbruch im Innern.

Der Einbruch im Innern kann ein zweifacher sein. Er beseitigt entweder den im Innern des Hauses (oder des dazu gehörigen Raumes) durch Thüren, Wände ꝛc. bewirkten Verschluß oder den Verschluß eines Behältnisses. Schließlich ist es daher auch in diesen Fällen der Verschluß, durch welchen der Zugang

---

1) Vgl. N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht Bd. VII. S. 98. Bd. IX. S. 238. Besondere Unterscheidungen macht noch Krug, a. a. O. S. 182.

2) Anderer Meinung ist das Obertribunal zu Berlin, Goltdammer, Archiv Bd. V. S. 698. Vgl. jedoch auch ebendas. Bd. V. S. 700.

3) Vgl. den Fall in d. N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht Bd. IX. S. 231.

Digitized by Google

zu einer Sache verhindert wird. Es können Mauern, Wände, Thüren ꝛc.; es können Kisten und Käſten ſein, — durch jene, wie dieſe wird der Verſchluß und mit ihm das Hinderniß des Zugangs oder Zutritts zur Sache, alſo der Ergreifung der Sache hergeſtellt. Sonach kann man auch das Haus, wie das Zimmer ein Behältniß nennen, in welchem die Sache ſich befindet.

Der Einbruch im Innern hebt den daſelbſt befindlichen Verſchluß einer Sache auf. In dieſer Auffaſſung begreift er auch den Einbruch in bewegliche Behältniſſe im Hauſe. Die Geſetzgebungen behandeln in derſelben Poſition gleichfalls den Einbruch in Behältniſſe, welche nicht in einem Hauſe ſich befinden. Es fragt ſich, ob es nicht beſſer ſei, ihn als beſondern Fall beſonders hervorzuheben.

Dasjenige, was wir oben über den Einbruch von Außen vorgetragen haben, leidet auch auf den Einbruch im Innern Anwendung. Es kommt auch hier Alles auf die Frage an, ob die Sache eine verſchloſſene geweſen und ob der Verſchluß durch Gewalt beſeitigt worden iſt.

Die Aufzählung der einzelnen Verſchlußmittel als Wände, Thüren ꝛc. iſt nur exemplicative erfolgt. Auffällig iſt es hierbei, daß in den meiſten Geſetzen zwar die Thüren, Wände, Ein- und Durchgänge ausdrücklich erwähnt werden, nicht auch die Fenſter, obgleich dieſe bei dem Einbruche von Außen mit aufgeführt werden. Auch iſt das Fenſter im Innern nicht unbedingt als ein „Verwahrungsmittel“ (im Innern) anzuſehen; es wird daſſelbe dieſem Zwecke nur ausnahmsweiſe dienen. Jedenfalls gehört es nicht zu den „Ein- und Durchgängen,“ ſo wie man es nicht mit den „Wänden“ identificiren kann. Es bezeugt auch Bopp in ſ. Ausg. des Heſſ. Strafgeſetzbuches S. 171, daß man in der daſigen Spruchpraxis das Aufbrechen eines Fenſters im Innern eines Hauſes, z. B. wenn eine Küche oder Stube ein auf den Hausgang gehendes Fenſter habe, nicht als Einbruch betrachtet habe.

Das Badiſche Geſetzbuch ſagt §. 381 allgemein „— oder in einen andern geſchloſſenen Raum im Innern eines Gebäudes gewaltſam eingebrochen“ und vermeidet die Specialitäten der übrigen

Digitized by Google

Gesetzbücher. Ebenso der Entwurf für Bremen, der „äußere und innere Verwahrungsmittel" erwähnt. Das Hannöv. Diebstahlsgesetz vom Jahre 1857 §. 6 zählt bei dem „Innern" „Wände, Thüren, Fenster, Luken oder ähnliche Vorrichtungen" auf. Das Württemb. Gesetzbuch spricht in Art. 330 Abs. 2. allgemein nur von „Eingängen und Durchgängen im Innern;" hierzu würde man, wie bemerkt, Fenster nicht zählen können. Der Code pénal spricht in Art. 396 von portes ou clausures du dedans. Jedes Verschlußmittel muß hierher gerechnet werden.

§. 9.

Erbrechen von Behältnissen „im Innern" des Gebäudes.

Wir haben nun den zweiten Fall des Einbruchs im Innern näher zu betrachten. Als solcher wird es in den meisten Gesetzen angesehen, wenn der Dieb im Innern des Gebäudes Schränke, Kisten oder andere Behältnisse („oder dergleichen" Württemb. G.) eröffnet. (K. Preuß. G.) Neben den „Behältnissen" werden „Bewahrungsmittel" (Entw. f. Bremen) erwähnt; auch werden die „Behältnisse" durch den Beisatz „ähnliche" (Großh. Hessen) sowie durch „welche zum Schutze gegen fremde Eingriffe bestimmt sind" (K. Sachsen) näher präcisirt. Ganz allgemein von „äußeren oder inneren Verwahrungsmitteln" spricht das Gesetzbuch für Bayern.

Wichtig ist der Unterschied, daß einzelne Gesetzgebungen (K. Sachsen, Württemberg, Großh. Hessen, K. Bayern) die Beschränkung „im Innern eines Gebäudes" nicht kennen, während andere Gesetzgebungen (z. B. Entw. v. Bremen) sogar ein „bewohntes Gebäude" voraussetzen.

Die Gefährdung der häuslichen Sicherheit wird auf der einen Seite betont, während andere Gesetze lediglich die gewaltsame Entfernung eines Verschlusses in das Auge fassen. Bei dem „Innern eines Gebäudes" ist der zu letzterem gehörige umschlossene Raum auch hier als Theil des Gebäudes zu betrachten, wogegen natürlich hier darauf nichts ankommt, ob das Gebäude selbst verschlossen gewesen.

Digitized by Google

Das Erbrechen im Freien befindlicher oder auch an der Außenseite eines Gebäudes angebrachter Behältnisse ist, nach den obigen Citaten, in einzelnen Gesetzen ausgezeichneter, in anderen aber einfacher Diebstahl.

Das Gesetzbuch von Baden §. 381 kennt das Erbrechen verschlossener Behältnisse, gegenüber dem Einbruche von Außen und im Innern des Gebäudes, nicht als besondern Qualificationsgrund, da es den Schwerpunkt in die Gefährdung der häuslichen Sicherheit setzt.

§. 10.

Begriff des „Behältniß."

Was ist ein Behältniß? Als Beispiele werden in den Gesetzen nur Schränke und Kisten aufgeführt; — jedoch meistens mit der Clausel „oder andere Behältnisse." Trotz der Allgemeinheit dieser Clausel läßt sich eine auf die besondere Bestimmung der Kisten und Schränke basirte beschränkende Erklärung der „Behältnisse" insoweit rechtfertigen, als durch sie die Annahme, daß auch hier das Wort „Behältniß" in seiner eigentlichen Bedeutung zu verstehen sei, unterstützt wird. Diese Bedeutung weist darauf hin, daß unter „Behältniß" ein Aufbewahrungsmittel begriffen wird.

Es dient hier eine Sache zur Aufbewahrung einer andern Sache, dergestalt, daß letztere in ersterer enthalten und von ihr von allen Seiten oder doch von der Seite, von wo der Mensch zu ihr gelangen kann, umgeben ist; id quod continet und id quod in eo continetur. Schon Grolmann[1]) hatte das Wort „Behaltung" in der C. C. C. mit „Aufbewahrungsgebäude" wiedergegeben. Keineswegs aber setzt der Begriff „Behältniß" eine Aufbewahrung zum Schutze gegen fremde Eingriffe voraus, wie dies z. B. im K. Sächs. Strafgesetzbuche ausdrücklich ausgesprochen ist („Behältnisse, welche zum Schutze gegen fremde Eingriffe bestimmt sind"). In der Regel wird beides zusammentreffen, aber

1) Bibl. d. peinl. R. W. Bd. I. St. II. S. 57.

Digitized by Google

nothwendig ist es nicht. Wir haben schon oben S. 22f. darüber gesprochen.

Das Behältniß setzt ein opus manufactum voraus. Es reicht eine, durch die Natur geschaffene Umhüllung nicht hin.[1])

Im Begriffe des Behältnisses liegt an sich das Moment des Transportabeln nicht. Wohl aber ist diese Beziehung ziemlich nahe. Die Erbrechung eines nicht transportabeln Behältnisses, wie z. B. eines Stalles, wird entweder die Erbrechung eines Gebäudes von Außen oder die Erbrechung einer Thüre, Wand 2c. im Innern des Gebäudes enthalten.

Die Bedeutung des Worts ist eine sehr umfassende. Koffer, Cassetten, Kommoden, Pulte, Tische, Kästen gehören gleichfalls hierher; sie machen auch, gegenüber den Schränken und Kisten, auf das Prädicat „ähnlich" Anspruch.

Der Käfig oder Bauer eines Thieres ist als Behältniß angesehen worden; z. B. ein Bienenkorb. (O. A. G. zu Dresden.[2])

Der Stoff des Behältnisses ist rechtlich gleichgiltig.[3]) Ebenso macht es keinen Unterschied, daß das Behältniß dadurch gebildet wird, daß es sich von einer oder einigen Seiten an einen andern Gegenstand, z. B. die Hausmauer, anlehnt; z. B. ein Fischhälter, dessen eine Seite von der Ufermauer gebildet wird. Es ist daher auch die Festigkeit, wie die Tauglichkeit des Verschlusses gleichgiltig.

Wir werden unter Behältniß auch eine Verwahrung verstehen, die zwar nach Oben offen, aber doch von allen Seiten den Eingang abwehrt; z. B. die Vermachungen im Freien, in welchen Federvieh, insbesondere Gänse, eingeschlossen sind. Das Erbrechen der Planken ist als Qualificationsmoment angesehen worden.

Dagegen liegt ein verschlossenes Behältniß nicht vor, wenn der Inhalt desselben, ohne Beseitigung des, den Zugang hindernden Qualitätsmoments, aus ihm herausgebracht werden kann. Dies ist angenommen worden, als der Dieb eine thönerne Sparbüchse (in welche durch eine Spalte das Geld gesteckt wird, durch

---

1) Vgl. oben S. 30.

2) Vgl. auch Goltdammer, Archiv, Bd. II. S. 123.

3) Vgl. noch v. Egidy, a. a. O. S. 115.

Digitized by Google

dieſen aber auch wieder herausgeſchüttelt oder herausgezogen werden kann) zerſchlagen und das Geld geſtohlen hatte.[1]) Ebenſo, als das, die Fenſterſcheibe erſetzende Papier (in Folge des Regens) ſich losgelöſt hatte.[2])

Bei „Behältniß" wird in der Regel ein Verwahrungsmittel verſtanden, welches zu ſolcher Verwahrung ordnungsmäſſig beſtimmt iſt, wie ſolches in allen obigen Beiſpielen der Fall war. Iſt es auch ein Behältniß, wenn lediglich der Eigenthümer einen, ausſchließlich einer anderen Beſtimmung dienenden Gegenſtand hierzu verwendet? Das Aufſchneiden einer Weſte, in welche der Eigenthümer Goldſtücke zur Sicherung eingenäht hat. Iſt die Weſte wenigſtens ein „Bewahrungsmittel," wie der Entwurf für Bremen ſich ausdrückt? — Es iſt in der Preuß. Spruchpraxis[3]) der Fall vorgekommen, daß die Taſche eines Beinkleides, um das Herausfallen des Geldes zu verhindern, zugenäht und die Naht vom Diebe aufgetrennt worden war. Die Taſche dient dazu, Gegenſtände aufzubewahren; der Verſchluß verhinderte den gewöhnlichen Zugang und ſicherte ebenſo, wie vielleicht der Verſchluß der Nägel bei einer defecten Kiſte. Die Auftrennung der Naht iſt eine Löſung des Verſchlußmittels, und zwar eine gewaltſame. Daß es zur Zerſchneidung des Fadens keiner beſonderen Gewalt bedurfte,[4]) ſteht nicht entgegen, da die Anwendung des Meſſers jedenfalls einen Gewaltact in ſich ſchließt, und z. B. auch das Zerreißen des Fadens hierher zu rechnen ſein würde. Es klingt lächerlich, vom „Einbruche in eine zugenähte Hoſentaſche" zu ſprechen. Allein das Wort „Einbruch" iſt gegenwärtig, wie bemerkt, nicht mehr maßgebend. Es hat nur hiſtoriſche Bedeutung und iſt zugleich der Ausgangspunkt für die weitere Entwickelung des „gewaltſamen Diebſtahls." Ob das Behältniß dauernd zur

1) Vgl. N. Jahrb. f. Sächſ. Strafrecht Bd. IV. S. 224.

2) Ebendaſ. Bd. IV. S. 368.

3) Goltdammer, Archiv Bd. X. S. 15 f. Vgl. auch Kitka, Abh. ꝛc. S. 191.

4) Aus dieſem Grunde wurde vom Obertribunale zu Berlin qualificirter Diebſtahl nicht angenommen.

Digitized by Google

Aufbewahrung der Sache oder von Sachen überhaupt bestimmt ist, kann ebenfalls nicht entscheiden.

Was gilt von der Emballage?[1]) Ist dieselbe ein Behältniß? Sie dient dazu, Beschädigungen bei dem Transporte ꝛc., so wie das Auseinanderfallen zu verhüten. Ohnedem dient sie nur einem vorübergehenden Zwecke. Allein der letztere Umstand, wie überhaupt das Motiv der Verwahrung entscheidet nicht. Dagegen kann man sagen, daß die Emballage deßhalb kein Behältniß sei, weil sie nur durch den Act der Umlegung zu einer bestimmten Form gebracht werden kann und nach der Wegnahme nicht ein Behältniß wird oder bleibt, sondern eben nur ein Stück Stoff, das wieder zu verschiedenen Zwecken verwendbar ist.[2]) In einem Falle hatte ein Sack auf einem Schlitten gelegen und war an letztern mittels eines darüber gebreiteten Tuches und zwar auf die Weise befestigt gewesen, daß die an jeder der vier Ecken dieses Tuches befindlichen und an den Leisten des Schlittens angebundenen Stränge durch die Koppeln des Sacks durchgezogen waren; der Dieb hatte die Koppeln durchgeschnitten und den Sack dadurch vom Schlitten getrennt.[3]) Man nahm ein „Behältniß" und Qualification nicht an. In der Oesterr. Spruchpraxis nahm man dagegen Diebstahl an versperrtem Gute in einem Falle an, wo Waaren von einem Wagen gestohlen wurden, über welchen eine Leinwand gedeckt, diese aber durch einen Strick zusammengehalten und letzterer vom Diebe zerschnitten worden war.[4])

Ebenso cessirt der Begriff „Behältniß," wenn der Zugang zur Sache lediglich dadurch erschwert ist, daß sie von anderen

---

1) Der Code pénal spricht allgemein von ballots sous toile et corde.

2) Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. VII. S. 839. Vgl. dagegen v. Egidy a. a. O.

3) Vgl. N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht Bd. V. S. 484.

4) Oesterr. Ger. Ztg. Jahrg. IX. S. 170. Die Sächs. Spruchpraxis nahm in einem Falle, wo große Garnquantitäten in einem Hausraume lagerten und in einer von allen Seiten zugenähten Leinewandumhüllung sich befanden, verschlossenes Behältniß an.

Digitized by Google

Gegenſtänden umlegt oder zugedeckt iſt. Der Dieb hatte in einem Falle mehrere Säcke zerſchnitten, um raſcher mit der Hand bis zu dem unterſten Sacke herabgreifen und aus dieſem einen Gegenſtand entwenden zu können.

Ein Faß iſt ein Behältniß, und zwar auch bei ſolchen Stoffen, die füglich nicht anders aufbewahrt und transportirt werden können. Das Anbohren desſelben iſt eine gewaltſame Eröffnung.[1])

Jedenfalls iſt ein Behältniß in der einfachen Umſchnürung einer Sache nicht zu finden, welche nur das Auseinanderfallen derſelben verhüten ſoll; z. B. bei Tabak, Fellen ꝛc. (So das O. A. G. zu Dresden.) Hier können die Stricke nicht als Behältniß gelten; das Aufſchneiden der Stricke iſt daher kein Qualificationsmoment.

Dagegen würden wir den Diebſtahl für qualificirt halten, wenn die eingemauerte Sache aus der Mauer herausgeriſſen wird. Die Umfaſſung der Sache, welche hier durch die Mauer gebildet wird, iſt jedenfalls ein „Be- oder Verwahrungsmittel"; — iſt ſie aber auch ein „Behältniß?" Der Mangel der Transportfähigkeit ſteht dem Begriffe: „Behältniß" zwar nicht entgegen. Deſſenungeachtet wird man das Mauerloch nicht als „verſchloſſenes Behältniß" anſehen. Denn der Verſchluß wird hier erſt durch die Steine der Umfaſſung gebildet. Ebenſowenig läßt ſich in ſolchem Falle ſagen, daß der Dieb eine Oeffnung gemacht oder eine ſolche erweitert habe.[2])

Aber der Fall iſt mindeſtens als gewaltſame Beſchädigung der Mauer unter die Einbrüche im Innern zu ſtellen und als ſolche zu qualificiren.

Es iſt häufig darüber geſtritten worden, ob ein (mit Federn gefülltes) Bett-Inlett als ein Behältniß anzuſehen ſei? Das Oberappellationsgericht zu Dresden[3]) und das Obertribunal zu Berlin[4])

---

1) Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. II. S. 555.
2) Vgl. noch den Fall in Goltdammer's Archive Bd. III. S. 843.
3) N. Jahrb. f. Sächſ. Strafrecht Bd. III. S. 475.
4) Goltdammer, Archiv Bd. XI. S. 211.

Digitized by Google

haben die Frage verneint. Wir bejahen die Frage. Das Obertribunal zu Berlin ſtützt die Verneinung darauf, daß der Zweck des Inletts nicht auf die Aufbewahrung der Federn gehe, dasſelbe vielmehr mit den eingefüllten Federn ein Ganzes, eine zuſammengeſetzte Sache bilde, bei welchem die Wegnahme der Federn nur als die Wegnahme eines Theils derſelben, nicht aber als die Wegnahme einer Sache aus dem Behältniſſe erſcheine, in welchem ſie aufbewahrt werde. Allein ein Aufbewahrungsmittel für die Federn iſt auch das Inlett. Daß dasſelbe zugleich und zwar vorzugsweiſe auch noch einem andern Zwecke dient, ſteht dieſer Auffaſſung nicht entgegen. Ebenſowenig kann das Moment entſcheiden, daß die Federn und das Inlett ein Ganzes bildeten. Dieſe Anſicht iſt thatſächlich unrichtig. Die Verbindung der Federn und des Inletts hebt die Selbſtſtändigkeit der erſteren wie des letzteren nicht auf; — mit gleichem Rechte würde man jeden Waarenſack, jede Flaſche Wein als ein ſolches Ganzes bezeichnen. Daß die Federn und das Inlett in ihrer Verbindung einem beſondern Zwecke dienen, iſt für unſere Frage gleichgiltig.

Bei einem Koffer hat der franzöſiſche Caſſationshof die Qualification des Erbrechens nur dann angenommen, wenn durch den Spruch der Jury ausdrücklich feſtgeſtellt iſt, daß der Verſchluß durch ein Schloß oder ein Vorlegeſchloß bewirkt geweſen.[1])

Die Frage, ob ein Brief für ein Behältniß anzuſehen ſei, iſt ſtreitig. Man bezieht ſich auf die Leichtigkeit, mit welcher der Verſchluß (das Siegel) ebenſowohl als das Behältniß an ſich (das Papier) beſeitigt werden kann. Hierdurch wird jedoch weder der Begriff des Behältniſſes, noch der der Gewalt ausgeſchloſſen.[2]) Man hat geſagt, daß das Siegel und nicht das Behältniß (das Couvert) erbrochen werde.[3]) Allein die Eröffnung des Verſchlußmittels iſt eben die Erbrechung des Behältniſſes, — eine Verletzung des letztern wird zum Thatbeſtande des Erbrechens nicht erfordert. Daß die Verſiegelung zunächſt erfolgt, um das Heraus-

1) Vgl. Gerichtsſaal Jahrg. XIII. S. 224.
2) Vgl. Kitka, Abhandl. a. d. Strafrechte ꝛc. S. 193.
3) Krug, Commentar Bd. II. S. 181.

Digitized by Google

fallen des Geldes zu verhüten, ist zuzugeben. Allein wie sie auch dazu dienen soll, die Entwendung, insbes. die Unterschlagung mindestens zu erschweren, so ist überhaupt der Zweck des Verschlusses gleichgiltig.

Ist eine Sache an einen andern Gegenstand befestigt, so ist sie deshalb noch nicht verschlossen, — die Befestigung, das Umschließen ꝛc. ist ein Hinderniß der sofortigen Wegnahme, aber kein Verschluß. Der Gegenstand liegt offen und frei. Es ist daher das gewaltsame Losreißen oder Abbrechen ꝛc. einer Sache von ihrer Befestigung behufs der Entwendung der Sache selbst, z. B. eines angenagelten Kastens, eines Schloßes selbst, nicht Einbruch. Es wird hier weder eingebrochen, noch aufgebrochen, noch erbrochen, um dadurch zu der Sache zu gelangen und sie zu stehlen, sondern die Sache selbst wird abgebrochen. So ist z. B. die Entwendung des Schlosses die eines Verschlußmittels selbst, — nicht des, durch letzteres gesicherten Gegenstandes. In dem Abbrechen liegt hier bereits die Aneignung der Sache, — nicht erst das Mittel zu derselben; es ist ein vollendeter, nicht versuchter Diebstahl. Es ist dabei gleichgiltig, ob die abgebrochene Sache als ein Behältniß oder als ein anderer Gegenstand erscheint; z. B. das gewaltsame Losreißen einer Kette, mit welcher ein Schiff, ein Brunneneimer, ein Hund ꝛc. oder bei Verkaufsläden ein an der Außenseite desselben ausgestellter Gegenstand befestigt und angeschlossen ist.[1]) Ebenso z. B. das Abschneiden des Strickes, mit welchem ein Koffer an den Reisewagen befestigt ist. Der Strick kann ein Behältniß verschließen, — ist aber nicht selbst Behältniß.

§. 11.

Das Erbrechen des Behältnisses.

Die gewaltsame Beseitigung des Verschlusses ist nicht auf das Brechen oder Zerbrechen beschränkt. Die Gesetze sprechen von

1) Vgl. noch Herbst, Handb. Bd. I. S. 344. in Verb. mit Kitka, Abhandl. ꝛc. S. 196 f.

Digitized by Google

„gewaltſam hinwegräumt, beſchädigt oder zerſtört hat.“ Dieſe Worte umfaſſen jede gewaltſame Eröffnung, wenn man die allgemeinen „Verwahrungsmittel“ „Bewahrungsmittel“ (Bayern, Bremen) zu Hilfe nimmt, obſchon man das Wort „hinwegräumt“ auch auf eine vollſtändige und totale Beſeitigung beſchränken kann. Andere Geſetze repetiren hier die „gewaltſame Eröffnung“ (Sachſen, Heſſen, Württemberg), „gewaltſame Erbrechung“ (Baden) oder verweiſen direct durch „in vorſtehender Weiſe“ (Preußen, Hannover) auf die Beſtimmungen über den Einbruch (von Außen). Dieſe Gleichſtellung mit dem Einbruche rechtfertigt auch hier die Annahme jeder gewaltſamen Eröffnung als eines Qualificationsmoments. Das Losſchlagen eines Schloſſes von dem Koffer und das Ausziehen der Nägel aus dem Schloſſe eines Schrankes iſt daher ebenſo hierher zu rechnen, wie das Auftrennen einer Naht, das Aufſchneiden oder Zerreißen eines Strickes, das Zerbrechen eines Siegels, und das Losreißen des über das Schloß angelegten und angeſiegelten Papierſtreifens.

Der Begriff „Behältniß“ wird ebenſowenig als der der „Gewalt“ dadurch ausgeſchloſſen, daß der Dieb den Verſchluß auf eine nicht qualificirte Weiſe löſen konnte,[1]) z. B. den zugebundenen Sack aufbinden und nicht ihn aufzuſchneiden. Der Verſchluß iſt durch das Aufſchneiden gelöſt worden; dieſe Thatſache genügt hier ebenſo wie bei dem Einbruche in das Gebäude der Umſtand die Qualification nicht ausſchließt, daß dasſelbe an einer anderen Stelle einen offenen Zugang darbot.

§. 12.

Verſuch des Diebſtahls mit Einbrechen.

Iſt der Dieb bei ſeinem Unternehmen nicht weiter, als bis zum Acte des Erbrechens (Einbrechen) gediehen, ſo liegt beendigter Verſuch vor.[2]) Zwar iſt das Erbrechen kein Moment im

1) Dagegen Häberlin, Grundſ. ꝛc. Bd. IV. S. 74.

2) Vgl. Zachariä in Goltdammer's Archive Bd. V. S. 579. Zeitſchr. f. Geſetzg. in Bayern Bd. I S. 462, Vgl. Ofenbrüggen, Abhandl.

Digitized by Google

Begriffe des Diebſtahls überhaupt und es wird nicht mit ihm die Aneignung der Sache ſelbſt begonnen. Allein es ſteht das Erbrechen in unmittelbarer Beziehung zur Entwendung und iſt daher als Anfang der Ausführung auch des Diebſtahls anzuſehen. Dieſe Beziehung wird durch die, das geſammte factum beherrſchende diebiſche Abſicht gebildet, welche in dem (auch andere Abſicht zulaſſenden) Einbrechen an ſich zwar nicht erkennbar,[1]) deſſenungeachtet durch Geſtändniß und jede andere zuläſſige Art nachgewieſen werden kann. Es iſt das Einbrechen, wie das Einſteigen bereits ein Theil der verbrecheriſchen Handlung;[2]) ſonach keine bloße Vorbereitungshandlung. Die Entſcheidung in fr. 21. §. 7 de furtis paßt nur auf das Römiſche Privatdelict.

Ob aber das Einbrechen ꝛc. als beendigter oder nur als unbeendigter Verſuch zu betrachten? Es wird zumeiſt das Erſtere angenommen.[3]) Wird jedoch der beendigte Verſuch davon abhängig gemacht, daß der Dieb Alles das gethan habe, was er zur Vollendung des Verbrechens für nöthig hielt, ſo iſt von ſelbſt der Begriff des beendigten Verſuchs hier ausgeſchloſſen.[4])

Eine beſondere Strafe für das diebiſche Einſteigen ꝛc. als Verſuch beſtimmt unter Andern das Geſetzbuch von Hannover Art. 302.[5])

Das K. Sächſ. Geſetzbuch beſtimmt in Art. 279, daß der Verſuch für beendigt zu achten,[6]) wenn diejenigen Handlungen,

---

S. 75. — Ueber die Anſicht Cropp's (comm. de praec. circa conatum etc.), daß im Römiſchen Rechte das Verbrechen der effractores nur im Conat beruhe und als Injurie zu beſtrafen ſei; vgl. Luden, v. Verſuche S. 193. Rein, d. Crim. Recht der Römer ꝛc. S. 320.

1) Aus dieſem Grunde nimmt die franz. Praxis hier Verſuch nicht an; vgl. Archiv f. d. Crim. Recht. 1855, S. 436.

2) v. Seckendorff, über den Verſuch des ausgez. Diebſtahls, im N. Archive d. Crim. Rechts Bd. II. S. 351.

3) Vgl. die angez. Rechtslehrer u. Wächter, Lehrb. ꝛc. §. 192. not. 78 c.

4) Oſenbrüggen, a. a. O.

5) Bothmer, Erörterungen I. S. 139.

6) Krug, Commentar, Bd. II. S. 187. Siebdrat, Commentar, S. 232.

Digitized by Google

welche den Diebstahl zu einem ausgezeichneten machen, vorgenommen worden sind. In der Praxis ist mit Hinblick auf die Begriffsbestimmung des beendigten Versuchs in Art. 40 („sobald der Verbrecher Alles gethan hat, was er zu thun für nöthig hielt, um die von ihm beabsichtigte Rechtsverletzung herbeizuführen") der Zweifel entstanden, ob, wenn in dem einzelnen Falle mehrere Qualificationshandlungen (z. B. Einbrechen und Einsteigen) zur Ausführung des Diebstahls erforderlich gewesen sein würden, schon die erste derselben (nach welcher z. B. der Dieb ertappt wird) zur Annahme des beendigten Versuchs hinreiche. Das O. A. G. zu Dresden hat die Frage verneint.

Der Thatbestand des beendigten Versuchs ist dagegen ausgeschlossen und nur unbeendigter Versuch anzunehmen, wenn der Dieb das Einbrechen zwar in der Absicht vornahm, um den Diebstahl dadurch vorzubereiten, jedoch nicht, um ihn in unmittelbarer Aufeinanderfolge auszuführen. Er verschiebt hier die Ausführung selbst bis auf gelegene Zeit und bricht die Handlung dadurch ab. Kommt es später zu der beabsichtigten Ausführung, so liegt qualificirter Diebstahl vor, — kommt es nicht zu ihr, so ist es bei dem unbedingten Versuche geblieben. [1])

§. 13.

Vollendung des Diebstahls. — Erbrechen des Behältnisses außerhalb des Diebstahlsortes.

Die Vollendung des Diebstahls liegt auch hier in der Aneignung der Sache. [2]) Wird die Sache mit dem Behältnisse weggenommen und letzteres erst entfernt vom Diebstahlsorte erbrochen,

---

1) Dagegen sieht das O. A. G. zu München (Zeitschr. ꝛc. f. Bayern Bd. II. S. 33 f.) in dem Einbrechen schon an sich den beendigten Versuch, weil es bereits einen Theil der Haupthandlung bilde, indem letztere bei dem ausgezeichneten Diebstahle nicht blos in dem Acte der Entwendung, sondern auch in der, ihr vorausgehenden Qualificationshandlung bestehe und mit dem Beginne der Haupthandlung der Versuch beendigt sei.

2) Martin, Lehrb. §. 154. Kitka, Abhandl. a. d. Strafr. S. 159 f.

Digitized by Google

so wird die spätere Erbrechung für einflußlos und der Diebstahl für einen einfachen erklärt. Auch kann das Aufbrechen eines Behältnisses an Ort und Stelle als Beweis für die größere Verwegenheit des Diebes, welche in dem längern Verweilen am Diebstahlsorte und in der Gefahr der Entdeckung durch das Geräusch der Erbrechung liegt, erachtet werden. Jedenfalls ist in dem eingangsgedachten Falle die spätere Erbrechung ꝛc. nicht das Mittel zur Ausführung des Diebstahls selbst, nachdem der Dieb das Behältniß mit der Sache fortgeschafft hatte.

Das O. A. G. zu Dresden hat dagegen unterschieden, je nachdem die Absicht des Diebes gleich von Anfang an auf Aneignung eines Gegenstandes, den er nur durch Erbrechung eines Behältnisses erlangen konnte, oder aber nur auf (oder wenigstens mit[1]) auf) die Aneignung des Behältnisses gerichtet gewesen. Im ersten Falle müsse man die Continuität der Handlungen bis zur Erbrechung ins Auge fassen und berücksichtigen, daß erst mit der letztern und der dadurch ermöglichten Ansichnahme des Inhalts das Verbrechen vollendet worden, erst durch diesen, der verbrecherischen Willensrichtung entsprechenden Act das Vorhaben des Thäters vollständig zum Abschlusse gediehen sei.[2]) Auf ähnlichen Grundsätzen beruht die (vom O. A. G. zu Dresden constant festgehaltene) Annahme, daß die rechtswidrige Eröffnung eines anvertrauten verschlossenen Behältnisses behufs der Aneignung der in ihm enthaltenen Gegenstände Unterschlagung und nicht Diebstahl sei.[3]) Es wird hierbei allerdings von den Vertretern dieser Meinung darauf mit Werth gelegt, daß das Gesetz den Ausdruck „ausführt" (Diebstahl „mit Gewalt — ausführt") gebraucht, unter welchem man ein Mehreres als den Act der Aneignung und die in ihm ruhende Vollendung begreifen müsse.

Diese Ansicht ist jedenfalls soweit richtig, als in den Fällen, wo die Absicht ausschließlich auf Aneignung des Behältnisses

---

1) Krug, a. a. O. S. 183. In gleicher Maße spricht sich Herbst S. 345 und Weeber, a. a. O. S. 363 aus.

2) Sächs. Ger. Ztg. Bd. II. S. 137. Bd. V. S. 357.

3) Sächs. Ger. Ztg. Bd. IV. S. 352. Bd. V. S. 78 f.

Digitized by Google

gerichtet ist, die etwaige Eröffnung ein unerhebliches Moment ist, sie nicht als das Mittel zur Ausführung des Diebstahls sich darstellt und außer Beziehung zu der Aneignung der Sache (des Behältnisses) steht. Ist dagegen die Absicht auf die Aneignung des Inhalts des Behältnisses gerichtet, so wird mit jener Ansicht das Moment der Consummation auf einen, dem Diebstahlsacte fremden Zeitpunkt hinausgeschoben. Die Entwendung des Behältnisses macht vielmehr den Dieb auch zum Herrn über den Inhalt; — das mechanische Hinderniß der Ansichnahme des Inhalts, welches in dem Verschlusse des Behältnisses liegt, entzieht ihm noch nicht diese Herrschaft, — er ist mit der Ansichnahme und Fortschaffung des Behältnisses in völlig sichern und unbeschränkten Besitz auch des Inhalts selbst gelangt. Die nachträgliche Auflösung des Verschlusses kann auf die bereits erfolgte Vollendung nicht zurückbezogen werden; die Erbrechung ist nicht mehr das Mittel, den Diebstahl selbst zu verüben.[1]) Auf fr. 22. D. de furtis kann man sich dagegen, selbst nach Römischen Rechte, nicht berufen; es wird hier eine andere Frage verhandelt.[2])

Wir nehmen daher in beiden Fällen einfachen Diebstahl an,[3]) und zwar selbst dann, wenn der Dieb, nachdem er die Kiste fortgetragen und geöffnet hatte, unter den in ihr befindlichen Sachen eine Auswahl trifft und einige derselben liegen läßt. Es würde hierin nur ein Wiederabgehen des Diebes von seiner diebischen Absicht betreff der liegen gelassenen Sachen und daher das Moment der thätigen Reue (des freiwilligen Ersatzes) zu finden sein.[4]) Dies ist auch in fr. 21. §. 8. de furtis ausgesprochen.

---

1) Hiermit stimmen insbes. d. Anmerkungen z. Bayer. Gesetzbuche (1813) Bd. II. S. 129 überein.

2) Es ist hier der Fall, wo der Dieb einzelne Sachen sich aussucht. Vgl. hierüber noch Wächter, über Consummation des Diebstahls ꝛc. N. Archiv d. Crim. R. 1840. S. 166 f. und Klien, Revision ꝛc. S. 254 f.

3) Vgl. auch d. Entscheidung des O. A. G. zu Jena in d. Bl. f. Rechtspflege in Thüringen ꝛc. 1861. S. 339.

4) v. Wächter, a. a. O. S. 193. Klien, S. 256 f.

Digitized by Google

Eine Ausnahme könnte in dem Falle in Frage kommen, wenn der Dieb das Käſtchen ergriff und entwendete, nicht um dasſelbe oder den geſammten Inhalt oder eine Sache, die ihm bei der Durchſuchung gefallen werde, ſondern um aus dem Käſtchen eine beſtimmte Sache zu entwenden, welche, wie ihm bekannt war, in dem Käſtchen aufbewahrt werde. Hier könnte man ſagen, daß die diebiſche Abſicht nur auf die beſtimmte Sache gegangen und daher die Entwendung derſelben nur erſt mit ihrer Ergreifung vollendet ſei.[1]) Allein indem der Dieb das Käſtchen ſelbſt ergriff, ergriff er auch den Inhalt desſelben. Oder will man ſagen, daß der Dieb, welcher ein Faß Wein ſtiehlt, den Inhalt erſt mit jedem Glaſe, das er abzieht, ſich angeeignet habe?[2]) Es entſcheidet bei der vorliegenden Frage lediglich der Zeitpunkt, wo die Aneignung und mit ihr die Conſummation erfolgt war; keineswegs gehört zu jener das unmittelbare An- und Ergreifen der Sache; außerdem würde das Forttragen einer Sache in einem offenen Behältniſſe keine vollendete Entwendung derſelben enthalten.

Wenn daher A den verſchloſſenen Koffer in ſeine Wohnung trägt und ihn daſelbſt mit Hilfe des B eröffnet, ſo wird man nicht ſagen, daß B an einem ausgezeichneten, zur Zeit ſeiner Hilfeleiſtung noch nicht vollendeten Diebſtahl Theil genommen habe, und hiernach auch B's Strafe nicht beſtimmen.[3])

Der Code pénal Art. 396 ſtraft auch den Diebſtahl an verſchloſſenen Käſten ꝛc. mit Inhalt als ausgezeichnet, obgleich das Erbrechen nicht auf der Stelle erfolgt iſt. Ebenſo das K. Bayer. G. B. Art. 279: „Dem Einbruche ſteht gleich, wenn der Dieb verſchloſſene Kiſten oder andere verſchloſſene Behältniſſe mit ihrem ganzen Inhalte weggenommen hat.“ Bemerkt wurde dabei ſchon in den Verhandlungen, daß es ſonderbar ſein werde, wenn künftig der Thatbeſtand des Einbruchs blos deshalb werde angenommen

1) Vgl. Klien, a. a. O. Wächter, a. a. O. Vgl. noch den Fall bei Kitka, a. a. O. S. 167.

2) Vgl. noch fr. 21. pr. D. de furt.

3) Vgl. auch den Fall in Hitzig's Zeitſchr. ꝛc. Bd. XVIII. S. 37 0.

Digitized by Google

werden, weil unter den verschiedenen Effecten, die der Dieb aus einem Hause mit sich fortgenommen hat, zufälligerweise auch eine kleine versperrte Chatulle, ein verschlossener Reisesack, eine Sparbüchse und dergl. sich befunden.

Eine Mittelmeinung stellt das Gesetzbuch von Württemberg Art. 330 auf, indem es erklärt, es bilde die gewaltsame Eröffnung von Behältnissen nur dann eine Auszeichnung, wenn die Entwendung der verschlossenen Behältnisse selbst für den Dieb nicht thunlich oder wenigstens mit Schwierigkeiten verknüpft gewesen. Diese Bestimmung ist nicht zu billigen; sie wird im einzelnen Falle dadurch zu Unsicherheiten führen, daß der Richter zu ermessen hat, ob die Entwendung selbst für den Dieb thunlich ꝛc. gewesen oder nicht. Es kann die Frage sogar bei demselben, von mehreren Personen verübten Diebstahle nach der Individualität der letztern zu verschiedenen Beantwortungen führen.[1])

Wird aber die Entwendung eines verschlossenen Behältnisses als qualificirt geahndet, so kann es auch keinen Unterschied machen, wie später der Dieb das Behältniß eröffnet hat. Keineswegs ist die Qualification auf das Erbrechen beschränkt. Auch die Eröffnung mit Nachschlüsseln ꝛc. gehört hierher. Ohnedem ist die Consummation mit der Wegnahme des Behältnisses erfolgt; — Zeit und Ort der späteren Eröffnung sind gleichgiltig. Der Begriff und die Qualification der Erbrechung kommen daher nicht weiter in Betracht.

---

1) Häberlin, Grundſ. ꝛc. Bd. IV. S. 74.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Der Diebstahl durch Einsteigen (furtum audax.)

§. 1.

Allgemeine Grundsätze.

Als zweiter Fall des gefährlichen und daher qualificirten Eindringens in Gebäude wird von der Carolina das Einsteigen behandelt;[1] „inn sein behausung oder behaltung bricht oder steigt" „der diebstall darzu, als obsteht, gebrochen oder gestiegen wirdt."[2] Auch hier tritt uns wieder das Wort „Behaltung" entgegen, obschon es hier weniger zweifelhaft ist und jedenfalls ein Gebäude oder einen zu solchem gehörigen Raum bezeichnet.[3]

Das „Einsteigen in das Gebäude (Wohngebäude)" ist das, die Qualification erschöpfende Moment. Die Criminalisten haben eine große Zahl Beschränkungen beigefügt, namentlich, weil sie die Gefährdung der häuslichen Sicherheit als das maßgebende Kriterium und zu dessen Erfüllung verschiedene Voraussetzungen des Einsteigens, in denen eine besondere Gefährlichkeit des Diebes sich kundgebe, aufstellten.[4]

Es gilt vielmehr nach der einfachen und allgemeinen Bestimmung der Carolina auch das Einsteigen bei Tage, — ohne jedes Hilfsmittel, als z. B. Leitern ꝛc., — von Oben nach Unten, wie von Unten nach Oben, — in unbewohnte Gebäude als Einsteigen in Gebäude und daher als Qualificationsmoment.[5]

Ebenso gewiß ist es, daß das Aufsteigen am Gebäude, ohne in dasselbe einzusteigen, — das Aussteigen nach dem Dieb-

---

1) Klien, L. v. Diebstahle S. 416. Wächter, in Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 412. Köstlin, Abhandl. ꝛc. S. 282.

2) Vgl. bes. Hammer, Crim. Archiv 1845. S. 614 f.

3) Hammer, a. a. O. in Verb. mit Geib, Crim. Archiv 1847. S. 362 f.

4) Vgl. hier Tittmann, Handb. ꝛc. §. 473.

5) Wächter u. Hammer, a. a. O.

Digitized by Google

stahle[1]) sei es zur Sicherung der Flucht, oder aus irgend einem andern Grunde[2]) — und insbesondere an sich das Auf- und Absteigen im Gebäude selbst den Diebstahl nicht qualificiren.

Das Aufsteigen (behufs des Einsteigens) kann am Gebäude selbst oder auch an benachbarten Gegenständen erfolgen, z. B. durch Erklettern eines am Hause stehenden Baumes, um von diesem aus in das Haus über- und einzusteigen. Ein Aufsteigen ohne Einsteigen qualificirt nicht; z. B. wenn der Dieb zwar aufgestiegen, jedoch außerhalb des Gebäudes verbleibt und aus dem offenen Fenster einen Gegenstand herauslangt. Ein Aufsteigen ist zum Einsteigen nicht nöthig; auch das Einsteigen von ebener Erde aus in das Parterre des Hauses oder vom Dache des benachbarten Hauses durch das Dachfenster auf den Hausboden qualificirt.

Das Einsteigen ist ein Steigen in das Haus. Das Hinüberbeugen und Hineinlangen in das Gebäude ist kein Steigen in dasselbe.[3]) Dagegen reicht es aus, wenn der Dieb mit einem Beine einsteigt, nicht auch mit beiden Beinen; auch im erstern Falle ist er eingestiegen.

Der Diebstahl muß in dem Gebäude begangen sein, in das eingestiegen worden. Diesem Falle steht es gleich, wenn der Dieb in den, zum Gebäude gehörigen geschlossenen Hofraum eingestiegen ist und entweder in letzterm oder in ersterem gestohlen hat, oder wenn der Dieb zwar in ein anderes Gebäude eingestiegen ist, dieses aber mit dem Hause, aus welchem gestohlen worden, in innerer Durchgangsverbindung steht (vgl. oben S. 63.)

§. 2.

Die Bestimmungen der neuen Gesetzbücher.

Die neuen Gesetze sind im Allgemeinen diesen Sätzen treu geblieben. Das K. Sächs. Gesetzbuch bezeichnet den Fall in

---

1) Meister, prakt. Bemerk. II. Thl. S. 192. Nr. 7. Martin, Lehrb. ꝛc. §. 154. Nr. 7.

2) Vgl. jedoch oben Abschnitt II. §. 7. S. 91.

3) Vgl. jedoch Häberlin, Grundſ. ꝛc. Bd. IV. S. 80.

Digitized by Google

Art. 278 einfach: „wenn der Dieb, um zu stehlen, in ein Gebäude eingestiegen ist," ohne Unterschied, zu welcher Tageszeit ꝛc. und ob in bewohnte oder unbewohnte Gebäude. Das Gesetzbuch von Hessen (Art. 366) qualificirt den Diebstahl, der „mittels Einsteigens in bewohnte Gebäude von Außen" verübt worden; das Württemb. Gesetzbuch sowohl den Diebstahl, der „mittels bloßen Aufsteigens an bewohnten Gebäuden" als auch und zwar im höhern Grade, der „mittels Einsteigens in bewohnte Gebäude" verübt worden (Art. 323 f.). Aehnlich Nassau Art. 357. 359. „Einsteigen in Gebäude" noch die Gesetzbücher von Preußen §. 218., Hannover §. 6.

„Einsteigen in bewohnte Gebäude" Neues Gesetzbuch von Bayern Art. 274. (Ebenso Bayer. Diebstahlsnovelle Art. VI.[1]) Entw. f. Bremen §. 399. Gesetzbuch von Baden §. 381. „Nächtliches Einsteigen" erfordern die Gesetzbücher von Altenburg Art. 230 und von Thüringen Art. 221. (früher auch das Gesetzbuch v. K. Sachsen.)

Definitionen des Einsteigens geben die Gesetzbücher von Preußen, Bayern, Hessen, Nassau und Entw. v. Bremen. Im Gesetzbuche von Württemberg ist bemerkt, daß es keinen Unterschied mache, ob der Dieb in das Gebäude selbst und den dazu gehörigen Hofraum, in irgend einer Richtung, mit oder ohne Vorrichtungen gestiegen ist. Das Gesetzbuch von Preußen bestimmt in §. 222: „Einsteigen ist vorhanden, wenn der Eintritt in Gebäude oder umschlossene Räume über Dachwerk, Thüren, Mauern, Hecken oder andere Einfriedigungen, oder durch Fenster, Kellerlöcher oder andere, nicht zum Eingange bestimmte, unter oder über der Erde befindliche Oeffnungen bewirkt wird." (Ziemlich gleichlautend Entw. f. Bremen §. 406). Gesetzbuch von Hessen Art. 369 spricht von „über Mauern, Thüren, Dachwerk oder jede andere Einfriedigung" und fügt den bemerkenswerthen Zusatz bei: „Das Eintreten oder Einschlüpfen durch eine unter oder über der Erde befindliche Oeffnung, die nicht angebracht worden ist, um

1) Nach dieser Novelle wurde das Einsteigen in unbewohnte Gebäude nur als Erschwerungsgrund behandelt.

Digitized by Google

zum Eingange zu dienen, wird als Einsteigen angesehen.“ Denselben Zusatz enthält Gesetzbuch v. Nassau Art. 362, welches im Uebrigen „Häuser oder andere Gebäude oder umschlossene Hofräume“ aufführt. Das (neue) Gesetzbuch von Bayern spricht in Art. 280 von „Eindringen über Dächer, Mauern oder andere Umfriedungen, oder durch Fenster, Kellerlöcher oder andere zum Eingange nicht bestimmte Oeffnung.“

Interessant ist noch der Zusatz im Gesetzbuche von Baden §. 381. „— eingestiegen ist, daß er im Falle der Betretung nicht leicht wieder entfliehen konnte.“ Ohne dieses Qualificationsmoment ist der Diebstahl mittels Einsteigens nur ein erschwerter. (§. 385. 11.) Es ist hier die Auffassung der gemeinrechtlichen Praxis bestätigt worden.

§. 3.

Gebäude — Wohngebäude — Miethwohnungen.

Das Einsteigen in Gebäude ist qualificirt. Nach denjenigen Gesetzgebungen, welche bewohnte Gebäude erfordern, ist es dessenungeachtet gleichgiltig, ob das Gebäude nur zeitweilig oder regelmäßig bewohnt wird und ob, zur Zeit des Diebstahls, Bewohner in demselben gewesen. (So Gesetzbuch von Bayern Art. 277.) Jedenfalls ist es gleichgiltig, ob die Räumlichkeit des Hauses, in welche eingestiegen oder aus welcher gestohlen wird, bewohnt gewesen oder nicht. Dagegen fragt sich, ob es nicht richtiger wäre, dem Diebe die Einwendung nachzulassen, daß er gewußt habe, daß das Haus zur Zeit des Diebstahls von den Bewohnern verlassen gewesen.[1]) Denn die ratio legis liegt bei diesen Gesetzgebungen, welche bewohnte Gebäude voraussetzen nicht in der objectiven Erschwerung, indem der Dieb aus einem Hause heraus sich Gegenstände aneignet, also eine größere Beharrlichkeit in Ueberwindung localer Schwierigkeiten zeigt, sondern in der Gefährdung der Bewohner und der hierin liegenden größeren Verwegenheit des Diebes.

---

1) S. oben S. 47.

Digitized by Google

Die Beschränkung auf Wohngebäude ist jedoch nicht zu rechtfertigen. Schon die Carolina steht ihr entgegen.[1]) Sie beruht in der irrigen Ansicht, daß die Gefährdung der persönlichen Sicherheit vorausgesetzt werde. Stall- und Scheunen-Gebäude ꝛc., Land- und Lusthäuser, ferner Theater, Museen und ähnliche unbewohnte Gebäude bergen oft bedeutende Werthgegenstände. Der Eigenthümer hält ihre Sicherheit durch Mauer und Schloß völlig gewahrt; — es ist daher diesen Gebäuden der gleiche Schutz, wie den bewohnten, einzuräumen.

Es wird als Regel ein fremdes Gebäude vorausgesetzt. Das vermiethete Gebäude ist für den Vermiether, welcher in die Wohnung des Miethers einsteigt, ein fremdes. Wenn der Miteigenthümer in das gemeinschaftliche Gebäude einsteigt, um daselbst Sachen seines Miteigenthümers zu stehlen, z. B. um durch die Spuren dieses Eindringens den Verdacht von sich abzulenken, so betritt er das Gebäude nicht auf dem ihm als Eigenthümer zustehenden Wege und durch die ihm hierzu zustehenden Mittel; er macht sich vielmehr zum Extraneus gegenüber dem Bestohlenen bezüglich dieses Diebstahls.[2]) Das Motiv der Qualification trifft ihn ebensogut wie jeden Extraneus; — es ist die ordnungswidrige Beseitigung des Verschlusses und der Sicherheit der Sachen. Daß der Dieb auch auf andere, nicht qualificirende Weise in das Gebäude gelangen konnte, ist auch hier gleichgiltig.[3])

---

1) Vgl. auch d. Kurhess. Spruchpraxis Heuser, Entsch. Bd. IV. S. 289. Kersting, Strafrecht in Kurhessen ꝛc. S. 670. Andrer Meinung ist Mittermaier zu Feuerbach's Lehrb. §. 336. Not. I.

2) S. oben S. 48. 91. In entgegengesetzter Maße hat das Obertribunal zu Stuttgart entschieden. Vgl. Sarwey, Monatsschrift ꝛc. Bd. VIII. S. 62.

3) S. oben S. 56.

Digitized by Google

§. 4.

Aufsteigen — Einsteigen von Außen — Steigen im Innern.

Das Aufsteigen am Gebäude qualificirt — nach den meisten Gesetzgebungen — nicht.[1] Es ist diese Festhaltung an der gemeinrechtlichen Ansicht als eine Inconsequenz, gegenüber der Behandlung des Diebstahls mittels Brechens, zu bezeichnen. Derjenige, welcher das Haus erbricht, ohne einzudringen, — und derjenige, welcher am Hause aufsteigt, ohne einzutreten, stehen wohl ziemlich gleich. Die oberen Räume, welche nur durch das Aufsteigen am Hause zugänglich sind, sind durch ihre Höhe ebenso gesichert, als die übrigen durch den Verschluß. Niemand trägt Bedenken, das Fenster einer obern Etage offen stehen zu lassen. Das Aufsteigen und das Erbrechen, — in beiden liegt die Ueberwindung besonderer räumlicher, die Gegenstände schützender und verwahrender Hindernisse. Sowie bei dem Erbrechen ein Eindringen in das Gebäude zur Qualification nicht verlangt wird, so sollte es auch bei dem Steigen nicht verlangt werden.[2]

Auch die Verwegenheit des Diebes wird meistens bei dem Aufsteigen nicht geringer sein, als die bei dem Erbrechen. Ohnedem wird ersteres häufig den Dieb in eine größere Gefahr für seine Person versetzen, als letzteres.

Das K. Württemb. Gesetzbuch hält die Fälle des „Einbrechens in bewohnte Gebäude, ohne einzudringen“ und „mittels bloßen Aufsteigens an solchen“ in Art. 323. 4. gleich.

Diesen Fällen gegenüber steht der Fall, wenn mittels Aufsteigens, nicht aus dem Innern eines (bewohnten) Gebäudes, sondern etwas an demselben von Außen Aufgehängtes oder Aufgestelltes entwendet wird. Selbst die Gesetzbücher, welche das Aufsteigen und Stehlen aus dem Hause hervorheben, sehen in diesem Falle weder einen Qualifications- noch Erschwerungsgrund.[3]

---

1) Vgl. auch Bl. f. Rechtsanw. in Bayern Bd. III. S. 94. 347.

2) S. oben S. 112.

3) Vgl. Hufnagel, Commentar Bd. III. S. 344.

Digitized by Google

Das Einsteigen ist das Eindringen in ein Gebäude mittels Steigens in dasselbe. Es kann von oben nach unten, wie von unten nach oben erfolgen. Auch das Einsteigen in den Keller, um in diesen hinabzusteigen, gehört hierher.

Als Regel ist anzunehmen, daß das Einsteigen, wenn es in das Gebäude von Außen erfolgt, qualificirt, — nicht aber das Auf- und Absteigen des im Hause Befindlichen im Innern, in einzelne Abtheilungen des Hauses. Die Gesetzbücher von Württemberg, Hessen, sprechen vom Einsteigen „von Außen" in Gebäude. Andere Gesetzbücher, z. B. von Sachsen, Preußen,[1]) Baden sprechen nur vom Einsteigen „in Gebäude und umschlossene Räume" (von „Zimmern" überdies noch Baden). In einem Falle war der Mitbewohner des Hauses vom innern Hofe des Hauses aus auf einer Leiter in den, am Hofe hinlaufenden offenen Corridor der ersten Etage des Hauses eingestiegen und hatte in letzterer gestohlen.[2]) Das O. A. G. zu Dresden nahm ausgezeichneten Diebstahl an. Man darf wohl sagen, daß hier ein Einsteigen in das Gebäude stattfand. In den Fällen, in denen das Gebäude mehrere, selbstständige und gegenseitig abgeschlossene Wohnungen enthält, können letztere, dem einzelnen Miethbewohner gegenüber, als fremde Gebäudetheile betrachtet werden. Insbesondere leidet die ratio legis auf solchen Dieb volle Anwendung.

Ebenso ist der Diebstahl qualificirt, wenn der Dieb, welcher in dem einen Hause wohnt, in ein anderes, in demselben Hofe liegendes Gebäude einsteigt und daselbst stiehlt; so in einem Falle, als der Knecht, welcher im Stallgebäude seine Schlafstätte hatte, in das Wohnhaus, das in dem offenen Gutshofe stand, eingestiegen war. (O. A. G. zu Dresden.)

---

1) Vgl. noch Oppenhoff, Rechtsprechung ꝛc. Bd. II. S. 516.

2) Vgl. auch die Fälle in Hohnhorst, Jahrb. d. O. H. G. zu Mannheim, Jahrg. VII. S. 191 u. in den Sitzungsberichten d. Bayer. Strafg. Bd. I. S. 224 f.

Digitized by Google

§. 5.
Begriff des Einſteigens (Einkriechen ꝛc.)

Unter „Einſteigen" kann zunächſt nur ein Steigen verſtanden werden. Deſſenungeachtet wird in einzelnen Definitionen dieſes Wort mit „Eintritt" ohne weitere Bezeichnung wiedergegeben. Ebenſo hat die Praxis das Einkriechen, wie das Einſchlüpfen und das Sicheinzwängen durch Oeffnungen des Gebäudes hierher gerechnet. (Vgl. auch das Geſetzbuch von Heſſen Art. 369.) Ganz allgemein qualificirt der Code pénal (Art. 397): l'entrée par une ouverture souterraine. Das O. A. G. zu Dresden hat in mehreren Fällen, wo der Dieb unter dem Scheunenthore in die Scheune, durch das Kellerloch in den Keller, durch den Abzugsgraben unter der Hofmauer ꝛc. in den Hof gekrochen war, die Auszeichnung angenommen.[1]) Der Begriff des „Steigen" ceſſirt hier vollſtändig,[2]) da der Dieb auf ebener Fläche ſich fortbewegt hat. Wohl aber paßt der Begriff „Eintritt in Gebäude" und ebenſo auch die ratio legis.[3]) Wie bei dem Einbruche die, durch das Gebäude ſelbſt gewährte Sicherheit aufgehoben wird, ſo auch bei jedem Eindringen in dasſelbe auf einem, zum gewöhnlichen Eingange überhaupt nicht beſtimmten oder doch im Augenblicke des Diebſtahls verſperrten Wege. Dieſe Aufhebung der Sicherheit des Hauſes verbunden mit der Unmöglichkeit, ſolches Eindringen unbedingt zu verhindern, qualificiren den Diebſtahl, wie ſie die beſondere Beharrlichkeit und auch Verwegenheit des Diebes kennzeichnen.

In einem Falle war der Dieb nicht eingekrochen, ſondern durch eine Lücke im Zaune in gebückter Stellung in den Hof eingegangen. Das Oberappellationsgericht zu Dresden nahm hier nicht „Einkriechen" und überhaupt nicht ausgezeichneten Diebſtahl an.[4])

---

1) Vgl. dagegen O. A. G. zu Zerbſt in den Neuen Jahrb. f. Sächſ. Strafr. Bd. V. S. 267.

2) Abegg, Lehrb. §. 370. S. 476. Heffter, Lehrb. §. 502. Anm. 6.

3) S. oben S. 25. 26.

4) Sächſ. Ger. Ztg. Bd. III. S. 372.

Digitized by Google

Die Höhe des Hindernisses, welches durch das Einsteigen beseitigt wird, ist gleichgiltig. Dagegen fragt sich, ob die Qualification dadurch ausgeschlossen wird, daß die Oeffnung so niedrig ist, daß der Dieb durch Ueberschreiten in das Gebäude eintreten konnte. Die Schwierigkeit des Einsteigens ist an sich einflußlos; allein es ist hier ein Ueberschreiten in Frage. Zuzugeben ist, daß derartige Unterscheidungen leicht zu Willkürlichkeiten führen und nicht erschöpfend sind.

Das O. A. G. zu Cassel nahm die Qualification nicht an, als der Dieb über die Brüstung eines sehr niedrigen Fensters in das Gebäude gestiegen war, da nur ein Ueberschreiten vorliege.[1])

Das Herablassen in das Gebäude, z. B. in den Keller, durch eine Oeffnung des Gebäudes ist ebenfalls ein „Eintritt" in das Gebäude.[2]) Früher wurde hierbei eine solche Höhe des obern Orts vorausgesetzt, daß der Dieb, wenn er gefallen wäre, sich wahrscheinlich gefährlich verletzt haben würde. Die Württemb. Praxis verlangt, daß der Dieb wenigstens 6 Fuß hoch oder tief gestiegen sei.[3])

Das Fortbewegen auf gerader Fläche kann auch außer dem Einkriechen vorkommen; z. B. das Durchwaten eines Morastes oder Wassers.[4]) Dasselbe fällt nicht unter die obigen Definitionen.

Ist das Hinderniß, selbst nur momentan, beseitigt, so fällt natürlich hiermit auch die Qualification weg; z. B. wenn der Schnee so hoch am Hause liegt, daß der Dieb auf der Schneedecke geraden Weges durch das Fenster in das Gebäude eintreten kann.[5])

---

1) Heuser, Annalen ꝛc. Bd. IV. S. 10. Kersting, S. 671. Vgl. auch Blätter f. RA. in Bayern Bd. VIII. S. 371.

2) Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. VII. S. 237.

3) Wächter, Rechtslex. a. a. O. S. 412. not. 294. Vgl. jedoch Hufnagel, d. Strafgesetzbuch S. 331.

4) Vgl. Tittmann, Handb. §. 473.

5) So z. B. in dem Falle, daß der Bach zugefroren ist, welcher das Haus umschließt. (Fall aus der franz. Spruchpr. Mittermaier a. a. O.)

Digitized by Google

§. 6.

Das Requisit des Ordnungswidrigen in dem Einsteigen.

Das Eindringen (der Eintritt) erfolgt über Dächer ꝛc., durch Fenster, Dachluken, Schornsteine ꝛc. und „andere zum Eingange nicht bestimmte Oeffnungen." Oeffnungen, welche zum Eingange in das Gebäude (bez. in den Hof) bestimmt sind, gehören nicht hierher. Der Eingang durch sie ist ein ordnungsmäßiger und regelrechter. In ihm liegt keine Qualification. Es ist hier selbstverständlich nur von dem Eingange für die Menschen die Rede. Eingänge in Behältnisse für die Thiere, welche nicht auch von den Menschen benutzt werden, sind Oeffnungen, deren Benutzung den Diebstahl qualificirt.

Ob eine vorhandene Oeffnung zum Eingange bestimmt ist, gehört zur Thatfrage des einzelnen Falles. Das ausgebrochene Feld einer Thüre ist nicht als solche Oeffnung angesehen worden.[1]) Es fragt sich, ob die Qualification wegfällt, wenn solche Oeffnung in einzelnen Fällen zum Einsteigen von den Hausbewohnern benutzt wird; z. B. durch das Fenster in der Nacht, wenn der heimkehrende Bewohner den Hausschlüssel vergessen hat. Die Frage ist zu verneinen. Es wird durch solchen ausnahmsweisen Gebrauch die Oeffnung nicht zum Eingange „bestimmt;" die „Bestimmung" setzt einen längeren fortgesetzten und nicht auf Ausnahmefälle beschränkten Gebrauch voraus.

Aus gleichem Grunde können Oeffnungen, welche nur für bestimmte Veranlassungen und für bestimmte Personen zum Eingange dienen, wie z. B. Schornsteine,[2]) als regelmäßige Eingänge von der Anwendung des Gesetzes nicht ausgenommen werden. Dasselbe gilt, wenn bei der Reparatur eines Hauses Oeffnungen in die Mauer gemacht werden, welche wohl auch von den Bauleuten zum Ein- und Aussteigen benutzt werden.[3])

---

1) Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. IV. S. 810.

2) Sächs. Ger. Ztg. Bd. III. S. 235.

3) Andrer Meinung ist Roßhirt, Lehrb. §. 174. Anm. 12.

Digitized by Google

Das Gesetzbuch von Braunschweig sagt in §. 217. „Eingehen in Wohnungen durch von dem Berechtigten nicht gestattete Eröffnung der Fenster oder Thüren."

In der Preuß. Spruchpraxis ist mehrmals der Fall zur Entscheidung gekommen, daß der Dieb die Flügel des verschlossenen Thores auseinander gezwängt und durch die so gebildete Oeffnung sich selbst durchgezwängt hatte („durchgeschlüpft war." Großh. Hess. Gesetzbuch.[1]) Man hat die Qualification nicht angenommen. Auf den dabei in Bezug genommenen Grund, daß der Verschluß ein mangelhafter gewesen und also eine, nicht zu schützende Nachlässigkeit des Besitzers unterlaufe, ist kein Gewicht zu legen. Die Schuld des Diebes wird durch die culpa des Verletzten nicht so beeinflußt, daß hiervon die Entscheidung über die Qualification abhängen kann.[2]) Ebenso kann die Frage hier dahin gestellt bleiben, ob eine gewaltsame Beseitigung des Verschlusses vorliegt. Aber unbestritten ist, daß der Dieb durch die Oeffnung der Thüre eingedrungen ist, also durch den ordnungsmäßigen Eingang. Daß dieser zur Zeit des Diebstahls verschlossen war, hebt dieses Moment nicht auf.

Die Thatsache, daß die Oeffnung zum Eingange nicht bestimmt ist, entscheidet. Es ist daher gleichgiltig, ob die Oeffnung eine ordnungsmäßige und dem Zwecke des Gebäudes entsprechende (z. B. Kellerlöcher ꝛc.) oder aber in Folge der Nachlässigkeit des Besitzers entstanden ist, (z. B. Mauer- und Dachlücken), dafern sie nur nicht zum Eingange von Menschen bestimmt ist.[3]) Ebenso qualificirt daher das Einsteigen durch ein zerbrochenes Fenster, obschon die Nichtwiederherstellung auf eine culpa des Bewohners hinweist und das Einsteigen begünstigt, wohl selbst provocirt hat.

Es ist gleichgiltig, ob der Dieb die Oeffnung selbst gemacht oder die vorhandene Oeffnung benutzt hat. Im erstern Falle wird, nach Befinden, Einbruch concurriren, z. B. bei dem Aus-

1) Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. II. S. 123. Bd. III. S. 705. 706.

2) Vgl. aber noch Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. II. S. 124 in Verb. mit Bd. VII. S. 237.

3) Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. VII. S. 237 f.

Digitized by Google

graben der Erde unter dem Thore, um unter demſelben durchkriechen zu können.

Indem das Geſetz einzelne Beiſpiele vorführte, hat es dadurch nicht ausgeſchloſſen, daß Oeffnungen, welche nicht zum Eingange des Menſchen beſtimmt ſind, jedoch mit Namen, welche das Gegentheil auszudrücken pflegen, bezeichnet werden, ihrer Beſtimmung gemäß behandelt werden. Falsa demonstratio non nocet. Eine, als Thüre bezeichnete, aber zum Eingange von Menſchen nicht benutzte Oeffnung iſt in einem Falle vom Obertribunal zu Berlin als eine Thüre im Sinne des Geſetzes nicht angeſehen worden.[1])

Die zeitweilige Außerbrauchſetzung einer zum Gebrauche für die Menſchen beſtimmten Oeffnung hebt dieſen Charakter der letztern nicht.

Iſt bei einer Thüre, welche aus zwei horizontal von einander geſchiedenen Theilen beſteht, wenn der untere Theil zugemacht und verſchloſſen iſt, der obere Theil aber offen ſteht, das Ueberſteigen über den untern Theil ein Qualificationsmoment? Die Preuß. Spruchpraxis bejaht die Frage.[2]) Allerdings iſt die durch den oberen Theil der Thüre gebildete Oeffnung nicht der ordnungsmäßige Eingang. Allein es iſt dieſe Oeffnung immer ein Theil des Thüreingangs; der theilweiſe Verſchluß der Thüre erhebt den oberen Theil des Eingangs nicht zu einer ſelbſtſtändigen, von der Natur und dem Zwecke der Thüröffnung abweichenden Oeffnung.

In einem Falle reichte die Thüre, ſobald ſie verſchloſſen war, nicht bis zur Erde, ſchloß alſo die Thüröffnung nicht vollſtändig; der Dieb war durch den nicht geſchloſſenen Raum unter der Thüre durchgekrochen. Man nahm mit Recht die Qualification an und verwarf die Einwendung, daß die unter der Thüre gebliebene Oeffnung zu dem zum Eingange beſtimmten Raume mitgehöre. Denn dieſe Oeffnung, welche nach dem Schluſſe der

1) Vgl. Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. II. S. 124.

2) Goltdammer, Archiv Bd. II. S. 258. Vgl. auch den Fall ebendaſ. Bd. V. S. 701.

Digitized by Google

Thüre übrig blieb, war jedenfalls nicht eine zum Eingange bestimmte Oeffnung.

Hat der Dieb die Oeffnung irrthümlich für eine solche gehalten, die zum ordnungsmäßigen Gebrauche bestimmt sei, so kommt ihm dies zu Statten.[1])

Daß das Gebäude unverschlossen und sonach dem Diebe möglich gewesen, auf ordnungsmäßigem Wege in dasselbe zu gelangen, hebt die Qualification hier ebensowenig wie beim Einbruche auf.[2])

Das Ordnungswidrige kann ferner nicht sowohl in der Benutzung der Oeffnung an sich, sondern auch in dem Hilfsmittel liegen, mittels dessen eingestiegen wird. In der älteren Praxis galt das Einsteigen als Qualificationsgrund nur dann, wenn es mit Gefahr für den Bestohlenen verbunden war. In ihr allein erblickte man das maßgebende Moment.[3]) Insbesondere sah man eine Gefährdung des Bestohlenen darin, daß das Einsteigen auf eine Weise erfolgt war, daß der Dieb nur mit Gefahr für sich den Rückweg antreten könne, wenn er bei der That betroffen würde. Das Gesetzbuch von Baden enthält eine hierauf abzielende Beschränkung des Thatbestandes (s. oben S. 114.) und einzelne Rechtslehrer, welche die Gefahr für den Bestohlenen als wesentlich erachteten, fanden sie lediglich und ausschließlich in einem, den Dieb gefährdenden Einsteigen.[4]) Man ging hierbei davon aus, daß die Schwierigkeit und Gefährlichkeit des Rückzugs für den Dieb es sei, welche ihn, statt zum Rückzuge und zur Flucht, vielmehr zu einem verwegenen Vorgehen und zu einem Angriffe auf den Bestohlenen selbst verleiten könne. Auch aus diesem Grunde wurde das Einsteigen über niedrige Vermachungen,

---

1) Goltdammer, Archiv Bd. III. S. 263.

2) Vgl. noch Goltdammer, Archiv Bd. VII. S. 236. 715.

3) Dorn, Commentar I. S. 421 u. d. daf. Angef. Tittmann §. 468. 473 u. Grolmann, §. 191. Kersting, Strafr. in Kurhessen S. 671.

4) Vgl. oben S. 18. u. insbes. Böhmer ad C. C. C. Art. 159. §. V. Koch, instit. crim. §. 193. Tittmann, a. a. O. Grolmann, §. 191. u. d. daselbst Angeff.

Digitized by Google

in Parterrewohnungen, Bodenräume u. ſ. w. nicht für qualificirt angeſehen.[1]) Selbſt das Einſteigen auf Leitern in ſolche niedrig gelegene Räume wurde von einzelnen Rechtslehrern wegen Mangels einer ſolchen Gefahr für den Beſtohlenen nicht als Qualification angeſehen.[2]) Ja man ſprach den Dieb von der ſchwereren Strafe los, wenn er, nachdem er eingeſtiegen war und betroffen worden, um Mitleid gebeten hatte.[3])

Ueber die Art der Hilfsmittel zum Einſteigen herrſchte gleichfalls Streit. So iſt gefragt worden, ob es ein ſolches Hilfsmittel ſei, wenn der Dieb auf den Rücken ſeines Complicen getreten und auf dieſe Weiſe eingeſtiegen ſei.

Gegenwärtig (abgeſehen von den Geſetzen, welche unrichtigerweiſe bewohnte Gebäude vorausſetzen) kann die Gefahr für den Beſtohlenen nicht weiter accentuirt werden, und es iſt nicht erforderlich, daß das Einſteigen mittels beſonderer Hilfsmittel bewirkt worden.[4])

Es erledigt ſich damit auch der früher öfters gemachte Unterſchied,[5]) ob die benutzten Hilfsmittel vom Diebe herbeigeſchafft oder am, bez. bei dem Hauſe vorgefunden worden. In letzterem Falle wurde früher die Qualification nicht angenommen.[6])

Das Geſetz von Oldenburg §. 226. beſtimmt: „wenn der Dieb in ein Haus oder anderes Gebäude auf Leitern eingeſtiegen oder ſonſt durch einen andern, als die gewöhnlichen Eingänge gedrungen iſt," und vermiſcht hier das Mittel des Einſteigens mit dem Eingange, durch welchen eingeſtiegen worden.

---

1) Kerſting a. a. O. Mittermaier a. a. O.

2) Vgl. z. B. Koch, Anfangsgr. d. p. R. §. 193.

3) Böhmer, l. l.

4) In der franzöſ. Praxis ſetzt man des moyens ou d'efforts extraordinaires pour vaincre l'obstacle opposé par la clôture voraus. Mittermaier, a. a. O.

5) Vgl. hierüber z. B. Quiſtorp, peinl. R. Thl. II. §. 350. u. d. Zeitſchr. f. Geſetzg. ꝛc. in Bayern Bd. III. S. 175. Bd. IV. S. 63.

6) Bayer. G. v. 25. März 1816. Art. VI.

Digitized by Google

Hat der Hausbewohner durch seine Nachlässigkeit dem Diebe das Einsteigen erleichtert, z. B. dadurch, daß er eine Leiter am Hause stehen lassen, so hebt diese Nachlässigkeit die Qualification nicht auf.

Wenn der Dieb auf einer Leiter von Außen auf den Boden des Hauses steigt und daselbst stiehlt, die Leiter aber zu dem Zwecke daselbst angelegt ist, um den Bewohnern den Zugang zu dem Boden zu verschaffen, so ist der Diebstahl nicht qualificirt,[1]) indem der Dieb das ordnungsmäßige Hilfsmittel zum Einsteigen benutzt. Wohl aber würde in diesem Falle die Qualification anzunehmen sein, wenn die Leiter nicht daselbst angelegt geblieben, sondern erst vom Diebe herbeigeholt wird.[2]) Denn mit der Wegnahme der Leiter war auch der ordnungsmäßige Zugang zu dem Boden beseitigt. Die Leiter erlangt aber nicht durch die willkürliche Verwendung Seiten des Diebes eine ihr nicht für immer gegebene Bestimmung. Diese kann nur von dem Berechtigten ausgehen.

§. 7.

Die diebische Absicht — Complott — Einsteigen durch dritte Unbetheiligte.

Von selbst versteht sich, daß das Einsteigen in diebischer Absicht erfolgt sein, sonach ersteres als Mittel zur Ausführung des Diebstahls gedient haben muß, — daß es aber nicht genügt, wenn in anderer Absicht (z. B. zum Uebernachten) eingestiegen und dann erst die Absicht, die gebotene Gelegenheit zum Stehlen zu benutzen, gefaßt worden ist. Der Fall lag vor, daß Jemand, um seine Geliebte zu besuchen, eingestiegen, hierauf aber, durch günstige Gelegenheit verführt, den ursprünglichen Plan aufgab und Sachen entwendete. Entstehen über die Absicht Zweifel, so wird

1) Henke, Handbuch ꝛc. §. 146. Berner, Lehrb. ꝛc. S. 289.

2) Anderer Meinung scheint Heffter, Lehrbuch, §. 502. Anm. 5. zu sein.

Digitized by Google

sie besonders festzustellen, bez. die Frage an die Geschworenen darauf mit zu erstrecken sein.[1])

Das Einsteigen kann auch zur Vorbereitung des Diebstahls vorkommen; z. B. wenn der Dieb einsteigt, um sich über die Abwesenheit der Bewohner zu versichern, sodann aber wieder herausſteigt und in das Haus eingeht, woselbst er stiehlt.[2]) Auch hier ist das Einsteigen nicht das Mittel zum Diebstahle und qualificirt nicht.

Ueber die Annahme des beendigten Versuchs beim Einsteigen s. oben S. 104. bei derselben Frage betreff des Erbrechens. In der Preuß. Praxis ist die Frage, ob das Einsteigen eine Versuchs- oder Vorbereitungshandlung sei, als Thatfrage behandelt worden, deren Beantwortung von der Gestaltung des concreten Falles abhänge.[3])

Bei dem Diebstahle im Complotte ist es selbstverständlich gleichgiltig, ob jeder Dieb oder nur einer derselben eingestiegen und die übrigen Complicen in anderer Weise bei der Ausführung z. B. durch Wachestehen, Halten der Leiter, sich betheiligt haben. In einem Falle war einer der Diebe eingestiegen, hatte das Hausthor von Innen geöffnet und dadurch den Complicen den Eingang in das Haus verschafft. Es wurde sämmtlichen Theilnehmern die Qualification angerechnet.

Auch, wo der Einsteigende nicht im Complotte sich befindet, kann den übrigen Theilnehmern das Einsteigen zur Schuld zugerechnet werden. In einem Falle hatte der Dieb sein unzurechnungsfähiges Kind veranlaßt, durch ein Fenster einzusteigen und die verschlossene Hausthüre durch Zurückziehen des Riegels zu öffnen, wodurch ihm selbst die Möglichkeit des Eingangs verschafft wurde. Wir nehmen an, daß das Kind des Zweckes und der Bedeutung seiner Handlung überhaupt sich nicht bewußt gewesen oder doch ihm die Handlung criminell nicht zugerechnet werden kann. Hier ist die Thätigkeit des Kindes dem Diebe als Quali-

---

1) Vgl. Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. VII. S. 215.
2) Vgl. Struben, Bedenken Thl. II. Bed. 207.
3) Oppenhoff, Rechtsprechung ꝛc. Thl. I. S. 218.

Digitized by Google

fication zur Laſt gelegt worden. (O. A. G. zu Dresden.) Man kann den Fall ſich denken, daß der Dieb den Dritten durch einen plauſiblen, nicht verbrecheriſchen Vorwand zum Einſteigen und Oeffnen der Thüre veranlaßt. Das Kind, wie der Dritte werden nur als Werkzeug gebraucht; ſie ſind gleichſam die verlängerte Hand des Diebes. Das Obertribunal zu Stuttgart nahm die Auszeichnung nicht an, da der phyſiſche Urheber oder Miturheber des Diebſtahls eingeſtiegen ſein müſſe. Es liege hier ebenſowenig ein Diebſtahl im geſetzlichen Sinne vor, als wenn der Dieb ſeinen Hund in das Gebäude hineinhebt oder hineinſteigen und von dieſem den Riegel der Thüre zurückſchieben oder die Klinke aufdrücken läßt.[1])

Vierter Abſchnitt.

Der Diebſtahl mit Waffen (furtum armatum.)

§. 1.

Allgemeine Grundſätze.

Die C. C. C. beſtimmt in Art. 159:

„Item ſo aber eyn dieb — mit waffen, damit er jemandt der im widerſtandt thun wolt, verletzen möcht, zum ſtelen eingeht, — ſo iſt in dem diebſtall, der mit waffen geſchicht, eyner vergewaltigung vnd verletzung zu beſorgen.“

Die Fragen, was unter „Waffen“ zu verſtehen ſei, hat von jeher Zweifel erregt. Die Interpreten der Carolina haben meiſtentheils die römiſchrechtliche Definition[2]) von Waffen adoptirt. Dieſelbe ſagt: telorum autem appellatione omnia, ex quibus singuli homines nocere possunt, accipiuntur; in Uebereinſtimmung mit dem „nocere potest“ und dem „omne quod nocendi

---

1) Sarwey, Monatſchrift ꝛc. Bd. IX. S. 43 f. Vgl. dagegen Rheinpreuß. Archiv f. Civ. u. Crim. Recht Bd. V. Abth. 2. S. 52.

2) Vgl. §. 5. J. IV. 18.

Digitized by Google

causa habetur" an den anderen Stellen.[1]) Dieſes nocere potest iſt ziemlich allgemein und deshalb auf jedes Werkzeug ausgedehnt worden, mit welchem das Leben oder die Geſundheit eines Menſchen beſchädigt werden kann.[2]) Solche Werkzeuge ſind auch geeignet „gewaltſamen Widerſtand zu leiſten," was zum Thatbeſtande genüge.[3]) Andere Juriſten haben eine beſchränktere Auslegung angenommen, indem ſie theils nur ſolche Inſtrumente hierher gerechnet haben, mit denen Jemand leicht getödtet werden kann, theils nur ſolche, mit denen eine erhebliche Verletzung bewirkt werden kann.[4]) Sehr allgemein drückt ſich auch der Code pénal Art. 101 aus: „Sont compris dans le mot: „armes" toutes machines, tous instruments ou ustensiles tranchans, percans ou contondans."

Noch lebhafter iſt der Streit über die Frage geweſen, ob der Thäter die Waffen in der Abſicht an ſich genommen haben müſſe, ſich mit ihnen eventuell zur Wehre zu ſetzen, oder ob ſchon die Thatſache der Bewaffnung hinreiche.[5])

Die überwiegende Mehrzahl der Criminaliſten hat angenommen, daß die abſichtliche Bewaffnung zum Thatbeſtande des bewaffneten Diebſtahls gehöre.[6]) Nur Feuerbach (Lehrb. §. 337[7]) und Roßhirt (Lehrb. §. 174) haben das Gegentheil behauptet, indem ſie lediglich die objective Gefährlichkeit des Diebes für den Beſtohlenen in's Auge faßten. Ihnen iſt neuer-

---

1) fr. 3. §. 2. D. XLIII. 16. fr. 54. §. 2. cod. fr. 56. §. 2. D. XLVII. 2. fr. 11. §. 1. D. XLVIII. 6.

2) Vgl auch Hommel de furto qualif. §. 13. Klien, a. a. O. S. 427 f. Tittmann, a. a. O. S. 441 f. Köſtlin, Abh. S. 293.

3) Wächter, in Weiskes Rechtsler. Bd. III. S. 413.

4) Vgl. d. Literatur b. Hammer, Crim. Archiv 1845. S. 622 f.

5) Im Layenſp. Tenglers (fol. 123. ed. 1532) heißt es ziemlich unbeſtimmt: „Item — wo der Dieb mit Waffen betreten wird, ſo möcht es für einen gewaltigen Diebſtahl geacht werden."

6) Wächter u. Köſtlin, a. a. O.

7) Vgl. auch d. Abh. deſſ. in d. Bibl. f. d. peinl. R. W. Bd. II. S. 117 f.

Digitized by Google

dings in ausführlicher Deduction Hammer[1]) beigetreten, welcher nachzuweisen versucht hat, daß die Worte der Carolina „damit er jemandt — verletzen möcht“ nach dem damaligen Sprachgebrauche nur soviel als „verletzen könnt“ bedeuteten.

Nicht minder ist die Frage bestritten, ob es zum Thatbestande erforderlich sei, daß die Bewaffnung vor dem Eingehen selbst geschehe, daß also der Dieb bewaffnet eingehe, nicht erst die Waffen am Orte des Diebstahls ergreife.[2]) Die Mehrzahl der Juristen verlangt, daß der Dieb bewaffnet eingehe; vorzüglich in Rücksicht auf die Wortfassung der Carolina und den in der vorherigen Bewaffnung sich ausdrückenden schwereren dolus. Von selbst versteht sich, daß das Eingehen mit Waffen ein solches gewesen sein müsse, daß es ein bewaffnetes und für den Bestohlenen gefährliches zu nennen war.[3])

Dagegen ist es schon nach der Carolina nicht nöthig, daß es zum Gebrauche der Waffen gekommen sei.[4])

§. 2.

Begriff der „Waffe“ und des „Werkzeug.“

Was verstehen die neuen Gesetze unter „Waffen?“ — Das Oesterr. Gesetzbuch sagt §. 174 „Gewehr oder anderen der persönlichen Sicherheit gefährlichen Werkzeugen.“ Das K. Bayer. Gesetzbuch v. 1813 definirt in Art. 222 „Waffe“ als jedes Werkzeug, womit eine lebensgefährliche körperliche Verletzung zugefügt werden kann.“[5]) Die Anmerkungen sagen: „Jedes Werkzeug, womit eine lebensgefährliche körperliche Verletzung zugefügt werden

1) a. a. O. S. 622 f.

2) Vgl. Hammer, a. a. O. S. 634 f.

3) Hierdurch widerlegt sich das Argument Hammer's gegen die gewöhnliche Ansicht, wenn er sagt, daß nach ihr ein bewaffneter Diebstahl vorliegen würde, auch wenn der Dieb die Waffen ablege und ohne Waffen stehle.

4) Vgl. Klien u. Tittmann, a. a. O.

5) Das neue Gesetzbuch gibt keine Definition.

Digitized by Google

kann, ist unter dem Namen verstanden; Gewehre aller Art zum Hauen, Stechen oder Schießen; Hämmer, Aexte, Beile, zu gefährlichen Verletzungen eigens gefertigte Schlagringe; selbst Holzinstrumente sind nicht ausgenommen, wenn sie z. B. Dreschflegel, oder andere starke und gewichtige Holzprügel, von solcher Beschaffenheit sind, daß man damit eine lebensgefährliche Körperverletzung zufügen kann." Das Württemb. Gesetzbuch bestimmt in Art. 139. „— Werkzeuge, mit welchen, nach ihrer gewöhnlichen Wirkung, eine lebensgefährliche Verletzung zugefügt werden kann." Ebenso Hannov. Art. 157. — Das Hessische Strafgesetzbuch Art. 370 versteht unter Waffen nicht nur „alle Gattungen eigentlicher Gewehre und Waffen, sondern auch alle anderen Werkzeuge, Maschinen und Geräthschaften, mit welchen man schießen, stechen, schneiden, hauen oder zerquetschen kann."

Das K. Sächs. Strafgesetzbuch Art. 280 spricht von „gefährlichen Werkzeugen oder Waffen, welche nicht zur Ausführung des Diebstahls bestimmt sind." Die letzteren Worte sind beigefügt, um bei dem Wilddiebstahle die Führung des Gewehres von der Anwendung dieses Artikels auszuschließen.[1]) Hier sind also die Waffen im strengen Sinne des Wortes unter den „gefährlichen Werkzeugen" mitbegriffen.

Sämmtliche Gesetze sprechen auch von „Werkzeugen" und zwar in solcher Verbindung mit den „Waffen," daß letztere als eine Art von „Werkzeugen," die „Werkzeuge" aber als der allgemeine Begriff behandelt worden.

Die Führung von Waffen ist auch bei andern Verbrechen ein Erschwerungsgrund. Auch hier kommt die Frage nach dem Umfange dieses Begriffs vor. Mehrere von den Gesetzgebungen, welche eine Definition der „Waffe" bei dem bewaffneten Diebstahle geben, erstrecken ihn ausdrücklich auch auf die übrigen Verbrechen, bei denen die Bewaffnung einen Erschwerungsgrund bildet; andere Gesetze berühren die Frage nur bei dem Diebstahle. Dessenungeachtet wird es unbedenklich sein, auch ohne jene Erstreckung den obigen Begriff „Waffe" auf alle Fälle auszudehnen.

---

1) Krug, Commentar Bd. II. S. 188.

Digitized by Google

Wer bei dem Aufruhre Steine sammelt, um sich ihrer als Schutzwaffe zu bedienen, — wer zur Vorbereitung eines hochverrätherischen Unternehmens Sensen fertigen läßt, um sie unter das Volk als Hiebwaffe zu vertheilen, — ist gewiß den schwereren, hier einschlagenden strafgerichtlichen Vorschriften verfallen.

§. 3.

Das Werkzeug als „Waffe" überhaupt. — Der Gebrauch des Werkzeugs ist kein ausreichendes Moment zur Charakterisirung des Werkzeugs als Waffe.

Man wird selbst bei der Ausdehnung des Begriffs „Werkzeuge," wie sie z. B. das Hessische Gesetzbuch enthält, immer auf den sprachlichen Gebrauch dieses Wortes, wie auf die Zusammenstellung mit „Waffen" Rücksicht nehmen müssen und den Begriff nicht schließlich auf jeden Gegenstand ausdehnen dürfen, durch dessen Anwendung eine Körperverletzung des von ihr Betroffenen entstehen kann. Das „Werkzeug" ist ein (greifbarer) Körper, der von der menschlichen Hand angefaßt und gehandhabt werden kann, um unmittelbar einen bestimmten Erfolg zu erzielen. So werden Thiere, welche auf den andern Theil gehetzt werden,[1]) — Dämpfe, mit denen das Zimmer des Bestohlenen zu dessen Betäubung angefüllt worden, — Gifte, — die menschlichen Gliedmaßen selbst, wie z. B. die Faust, — so werden besondere Veranstaltungen, wie das Legen und Anzünden von Pulverminen hierher nicht zu rechnen sein.[2]) Ebenso kann in dem Falle, wo Jemand einen Topf mit heißem Wasser auf den Andern herabgeworfen hatte, wohl der Topf, — nicht aber das Wasser allein als Werkzeug und Waffe erachtet werden.[3]) Allerdings kann durch das heiße Wasser, welches aus dem Topfe herabgegossen

1) Andrer Meinung ist z. B. Tittmann, a. a. O. §. 465. Anm. a.

2) Vgl. Zicinsky, in d. Allg. Oesterr. Ger. Ztg., Jahrg. 1860, Nr. 126 f. über den Begriff „Waffe."

3) Vgl. den bekannten Fall in der Zeitschrift f. Rechtspfl. ꝛc. in Bayern Bd. III. S. 95 f.

Digitized by Google

wird, eine lebensgefährliche Wirkung erzeugt werden. Allein das Geſetz verlangt ein Werkzeug, mit dem ſolche Wirkung erzeugt wird, und ein ſolches iſt das Waſſer nicht. Die Gefährlichkeit allein iſt nicht ausreichend. Es gibt manche andere Gefährdungen des Beſtohlenen. Aber das Geſetz hat ſie nicht beſonders qualificirt, und der Richter kann ſie daher nur innerhalb des Strafmaßes berückſichtigen.

Allerdings kann es daher im einzelnen Falle zweifelhaft werden, ob ein Werkzeug, das der Dieb bei ſich geführt hat, als eine Waffe im Sinne des Geſetzes anzuſehen ſei.

Es iſt von einigen Rechtslehrern[1]) und in einigen Geſetzgebungen[2]) ein Unterſchied zwiſchen den Werkzeugen, die ſich als Waffe an ſich charakteriſiren, und den übrigen Werkzeugen inſofern gemacht worden, als man bei den letzteren aus dem ſpäteren Gebrauche derſelben rückwärts darauf geſchloſſen hat, daß ſie als Waffen mitgenommen worden ſind.

Dieſer Unterſchied berührt bereits die Frage, ob der Dieb die Werkzeuge in der Abſicht mitgenommen haben muß, um mit ihnen ſich nöthigenfalls zur Wehre zu ſetzen, oder ob die Thatſache der Führung des gefährlichen Werkzeugs hinreicht.

Allein nehmen wir die eine oder die andere Antwort auf letztere Frage für richtig an, ſo liegt klar vor, daß die Thatſache des ſpäteren Gebrauchs des Werkzeugs überhaupt die Zweifel über den Umfang der einer Waffe gleichgeachteten Werkzeuge nicht völlig erledigen kann. Denn der Thatbeſtand des bewaffneten Diebſtahls ſetzt den Gebrauch der Waffe nicht voraus, und es würde nach obiger Anſicht an einem Erkennungsmerkmale für die Unterſtellung des Werkzeugs unter den geſetzlichen Begriff in allen den Fällen fehlen, in welchen es zu einem Gebrauche desſelben gegen den Beſtohlenen nicht gekommen iſt. Sodann kann der Gebrauch des

---

1) Vgl. hierüber Köſtlin, Abhandlungen S. 293. Vgl. auch Goltdammer, Archiv Bd. III. S. 818.

2) Der Code pénal Art. 101 ſagt: „les couteaux et ciseaux de poche, les cannes simples ne seront réputés armes qu'autant qu'il en aura été fait usage pour tuer, blesser ou frapper.“

Digitized by Google

Werkzeugs von der Art sein, daß hierin eine Bedrohung und Gefährdung des Bestohlenen nicht zu finden sein würde. In solchem Falle kann der Gebrauch dem Werkzeuge nicht eine Bedeutung beilegen, die ihm überhaupt nicht und auch nicht einmal im concreten Falle zukommt. Es kann z. B. mit einem Stocke in der Weise geschlagen worden sein, daß hierdurch eine gefährliche Verletzung gar nicht entstehen konnte. Deshalb allein hört aber der Stock noch nicht auf, ein gefährliches Werkzeug zu sein.[1] Ebenso wird, wenn der Dieb die geladene Pistole absichtlich in die Luft schießt, nur um zu schrecken, durch diesen Gebrauch weder der Begriff der Waffe, noch der des bewaffneten Diebstahls ausgeschlossen.[2]

Bei Waffen im strengen Sinne des Wortes wird die Frage, in welcher Absicht die Bewaffnung erfolgt ist, in anderer Richtung von Wichtigkeit werden, worüber wir noch später sprechen werden; — bei Werkzeugen aber, die sich nicht als Waffen in diesem Sinne prädiciren, bedarf es in der Regel eines äußerlich erkennbaren Merkmals, durch welches das Werkzeug der Waffe gleichgestellt wird.

In denjenigen Gesetzgebungen, welche zu dem Thatbestande die eventuelle Absicht des Widerstandes erfordern, wird die Frage sich einfach dadurch lösen, daß das objective Moment — die Gefährlichkeit des Werkzeugs — und das subjective Moment — die Absicht, es eventuell als Waffe zu gebrauchen — zusammentreffen. Es ist dies in der Abhandlung von Dr. Jicinsky, in der Oesterr. Allg. G. Ztg. 1860 Nr. 126. 127 sehr gut ausgeführt worden.

Jedes gefährliche Werkzeug wird in der Hand desjenigen, der es als Waffe gebrauchen will und gebrauchen kann, Waffe sein. Trägt es an sich die Beschaffenheit, als Waffe zu dienen, so wird diese Beschaffenheit im einzelnen Falle durch die Absicht des Inhabers nur concretisirt. Dr. Jicinsky sagt: Waffe ist jedes

---

1) Vgl. auch die Entscheidung in der Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Gesetzg. in Bayern ꝛc. Bd. V. S. 357.

2) Vgl. auch üb. diesen Fall d. ältere Praxis bei Puettmann, El. jur. crim. §. 466.

Digitized by Google

Werkzeug, dem man die bleibende Bestimmung ertheilen kann (objective Merkmale) und im bestimmten Falle ertheilt hat (subjectives Merkmal), lebensgefährlich verletzen zu können.

Allein es fragt sich, ob diese Bestimmung für die Mehrzahl der Gesetzbücher ausreicht, da diese das subjective Moment nicht anerkennen, vielmehr lediglich die Gefährdung des Bestohlenen hervorheben und daher schon die Thatsache der Waffenführung als entscheidend ansehen.

Auch fragt sich, ob man, um den Begriff der Waffe ꝛc. festzustellen, dieses subjective Moment subintelligiren dürfe und ob man nicht mit ihm ein Moment in den Thatbestand hineintragen würde, welches die Gesetze offenbar absichtlich beseitigen wollen.

Wir meinen nun, daß man, auch den erwähnten Gesetzgebungen gegenüber, bei den „Werkzeugen" dieses subjective Moment nicht in allen Fällen wird entbehren können. Zwar kann man in diesen Gesetzgebungen die Willensrichtung des Verbrechers nicht als ein Moment des Thatbestandes, wohl aber nach Befinden, als ein Beweismittel für dasselbe behandeln. Es wird mit ihm festgestellt werden können, daß ein Werkzeug im einzelnen Falle als Waffe zu betrachten sei. Es tritt dies in den Fällen ein, in denen die objective Beschaffenheit des Werkzeugs an sich zu dieser Feststellung nicht hinreicht; vielmehr zu ihr die Bestimmung des Werkzeugs durch den Thäter hinzutreten muß.

In allen den Fällen, in denen das Werkzeug ein solches ist, welches bei dem gewöhnlichen, jedoch gegen die Person eines Menschen gerichteten Gebrauche gefährliche Verletzungen bewirken kann, wird — nach jenen Gesetzgebungen — die Frage nach der Absicht bei der Ansichnahme des Werkzeugs überflüssig und unzulässig sein. Denn es liegt in der Führung solchen Werkzeugs augenscheinlich die gleiche Gefährdung des Bestohlenen, wie bei der Führung einer eigentlichen Waffe. Ob der Dieb bei der Ansichnahme des Werkzeugs die mehrerwähnte eventuelle Absicht gehabt habe, ist (nach diesen Gesetzgebungen) gleichgiltig, ebenso wie bei den eigentlichen Waffen, da diese Gesetzgebungen das subjective Moment ausschließen. Es werden daher hierher auch die zur Ausführung des Diebstahls mitgebrachten ꝛc. Werkzeuge gehören,

Digitized by Google

ſoweit von ihnen ein, den Beſtohlenen verletzender Gebrauch gemacht werden kann. In einem Falle waren ſchwere (ſogen.) Tragſtöcke (zur Forttragung ſchwererer Laſten beſtimmt) von den Dieben mitgebracht worden; ſie verſicherten auf glaubhafte Weiſe, daß ſie dieſelben nur zur Fortſchaffung des Entwendeten mitgebracht hätten; die Tragſtöcke konnten aber auch und zwar in der Hand jeden Diebes als Waffen gebraucht werden und mußten daher als Waffen gelten. Nach den obigen Geſetzgebungen entſcheidet dieſe Beſchaffenheit des Werkzeugs und nur ſie allein.

Dagegen werden wir nach dieſen Geſetzgebungen das Geſtändniß des Diebes, daß er das Werkzeug als Waffe mitgenommen habe, in denjenigen Fällen beachten müſſen, in denen das Werkzeug nicht ohne Weiteres als ein ſolches erſcheint, welches in der Hand des Diebes den Beſtohlenen gefährdet.[1]) Die objective Beſchaffenheit des Werkzeugs an ſich reicht hier nicht aus, ſondern es wird daſſelbe erſt durch den Hinzutritt der, ihm gegebenen Beſtimmung zur Waffe erhoben. So kann ein Strick, ein großer Schlüſſel, ein ſogen. Schlagring, ein (eiſerner) Topf[2]) ein Stein,[3]) durch die Beſtimmung, welche der Dieb ſolchen Gegenſtänden gibt, zur gefährlichen Waffe werden, während die Brechſtange, der ſchwere Stock, das Beil an ſich ſchon und ohne ſolches Geſtändniß, als Waffe ſich charakteriſiren. Der Strick, der Schlüſſel ꝛc. kann in der Hand eines ſtarken Menſchen wohl den Nutzen einer Waffe gewähren und den Beſtohlenen bei einem etwaigen Zuſammentreffen gefährden. Ohne das Geſtändniß des Diebes wird aber wohl ſchwerlich der Strick ꝛc. als eine Waffe betrachtet werden können.[4])

---

1) Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. III. S. 818.

2) Vgl. auch Zeitſchr. f. Rechtspfl. ꝛc. in Bayern Bd. III. S. 96 f.

3) Steine werden in der Regel zu den Waffen gezählt. Vgl. ſchon fr. 3. §. 2. D. de vi et vi arm. — fr. 54. §. 2. de furt. Streit herrſcht darüber in der franzöſ. Praxis. Feuerbach, Lehrb. ed. Mittermaier §. 237. Not. II.

4) Hierher gehört auch der von Zicinsky referirte Fall, wo ein Knabe den andern durch einen Stoß mit einem Bleiſtifte in das Auge tödtete.

Digitized by Google

Nach denjenigen Gesetzen, welche lediglich von „gefährlichen Werkzeugen," ohne weitere Bestimmung, sprechen, ist diese Auffassung gewiß nicht zu beanstanden. Das im Allgemeinen nicht gefährliche Werkzeug kann in der Hand des mit seiner Führung vertrauten Diebes zur furchtbaren Waffe werden, — der Dieb kennt diese Erfahrung und weil er sie kennt, benutzt er das Werkzeug, — die höhere Gefahr für den Bestohlenen entspringt hieraus von selbst.

Wir beziehen dies auf die nicht absolut gefährlichen Werkzeuge; wir lassen aber, wie bemerkt, bei den absolut gefährlichen Werkzeugen den Einwand des Diebes nicht zu, daß er aus Mangel an Uebung oder an Körperkraft nicht im Stande gewesen sein würde, die volle Wirksamkeit des Werkzeugs zu entwickeln. [1])

In einzelnen Fällen kann diese Auffassung Schwierigkeiten im Beweise erzeugen. Allein wenn erstere eine möglichst gerechte Aburtheilung des einzelnen Falles mehr verbürgt, als jenes Generalisiren, das auf die Verschiedenheit der Fälle keine Rücksicht nimmt, so kann jene Schwierigkeit kein Argument gegen die Meinung sein.

Nach diesen Ausführungen ist auch erwiesen, daß ein Werkzeug nicht deshalb von der Kategorie der Waffen ausgeschlossen ist, weil mit ihm in der Regel eine lebensgefährliche Verletzung nicht verursacht werde. Die lebensgefährliche Verletzung ist ohnedem ein schwankender Begriff, da schließlich die meisten Verletzungen, nach der Individualität des Falles, lebensgefährlich werden können. Es genügt, daß das Werkzeug eine gefährliche oder erhebliche Verletzung zu verursachen geeignet ist.[2]) Es wird z. B. ein Spazierstöckchen hierher nicht zu rechnen sein, — wohl aber ein, wenngleich mäßiger Stock, irgend ein eisernes Werkzeug.

Von selbst versteht sich aber, daß zwar das Werkzeug, welches, wenn auch nur in der Hand des hierzu besonders geschickten Diebes, eine gefährliche Verletzung zu bewirken geeignet ist, als

---

1) Vgl. dagegen z. B. Tittmann, a. a. O. §. 465.

2) Böhmer ad Art. 159. §. 6. setzt eine laesio notabilis voraus. Vgl. noch Tittmann, Handb. §. 465.

Digitized by Google

Waffe anzusehen ist, daß aber Gegenstände, welche überhaupt nicht die Brauchbarkeit als Waffe besitzen, nicht deshalb allein, weil der Dieb sie irrthümlich hierzu benutzen will, hierher gerechnet werden können.

Nach diesen Ausführungen wenden wir uns zu der Frage über den Einfluß des nachherigen Gebrauchs des Werkzeugs auf den Begriff „Waffe" zurück. Ist der Gebrauch ein solcher gewesen, welcher eine gefährliche Verletzung des Angegriffenen verursacht hat, so ist dadurch die Möglichkeit festgestellt, daß eine solche Verletzung mit dem Werkzeuge verursacht werden kann. Der concrete Fall liefert den Beweis der Gefährlichkeit; — nicht der Gebrauch an sich, sondern die Wirkung desselben. In den obigen Fällen stellten wir fest, daß der ungeschickte ꝛc. Gebrauch an sich den Begriff der Waffe nicht ausschließt und ebenso der Gebrauch überhaupt ihn nicht begründet. Hier ist es aber ein Gebrauch mit gefährlicher Wirkung, der ihn begründet. Mit ihm wird dem Werkzeuge, wenngleich vielleicht nur für den einzelnen Fall, die Eigenschaft als Waffe beigelegt. Diejenigen Gesetze, welche allein die Gefährdung des Bestohlenen accentuiren, müssen dieselbe in dem späteren Erfolge anerkennen.

Allein, wie bemerkt, können diese Fälle zur Feststellung des Begriffs „Waffe" nicht gebraucht werden und releviren auch nicht, wenn die eventuelle Absicht des Widerstands als Moment des Thatbestands vorausgesetzt wird. Wohl aber können sie benutzt werden, wenn der Dieb einräumt, das Werkzeug als Waffe mitgenommen zu haben, und mit ihm wirklich eine lebensgefährliche Verletzung verursacht. Durch die letztere wird der Einwand, daß der Dieb sich über die Qualität des Werkzeugs geirrt habe, von selbst beseitigt.

Der Nichtgebrauch der Waffe bei dem Zusammentreffen mit dem Bestohlenen hebt überhaupt den Thatbestand des bewaffneten Diebstahls nicht wieder auf. Diejenigen Rechtslehrer, welche in dem Gebrauche den Beweis der absichtlichen Bewaffnung, sowie den der Natur des Werkzeugs als Waffe finden, werden in den Fällen mit der Wahrheit dann in Conflict gerathen, in denen ein

Digitized by Google

Gebrauch nicht ſtattgefunden, jedoch auf andere Weiſe nachgewieſen werden kann, daß von dem Diebe das Werkzeug als Waffe abſichtlich mitgenommen worden iſt. Andererſeits kann allerdings aus dem Nichtgebrauche eine Vermuthung für den Dieb und deſſen Verſicherung, daß er das Werkzeug nicht in der fraglichen Abſicht mitgenommen habe, abgeleitet werden. Wir erinnern an den Fall, wo der mit Hellebarte bewaffnete Nachtwächter bei einem Diebſtahlsverſuche ſofort die Flucht ergriff, als er das Herankommen einer Perſon vernahm. In einem andern Falle der K. Sächſ. Spruchpraxis ergriffen die mit Radehacken verſehenen Felddiebe die Flucht, als ſie (in der Nacht) Perſonen heimkehren und ſingen hörten. Unbedingt läßt ſich eine ſolche Vermuthung jedoch aus dem Nichtgebrauche nicht ableiten. Der Nichtgebrauch kann z. B. auch aus der Ueberzeugung des Diebes von der Wirkungsloſigkeit jedes Widerſtandes entſpringen. Der Nichtgebrauch hebt ebenſowenig wie die Flucht des Diebes den Thatbeſtand des bereits vollendeten bewaffneten Diebſtahls wieder auf.[1] Dasſelbe gilt von der Bitte des betroffenen Diebes um Gnade, in welcher man früher ein Abſtehen von dem Zwecke der Bewaffnung und hierin einen Ausſchluß des bewaffneten Diebſtahls erblickte.[2] Alle dieſe Momente treten erſt ein und vor, nachdem bereits das Verbrechen vollendet iſt.

§. 4.

Ueber den Einfluß der beſondern Befähigung ꝛc. des Diebes zum Gebrauche des Werkzeugs auf den Begriff „Waffe."

Mit dieſer Betrachtung gelangen wir zu der Frage, ob der Begriff der Waffe dadurch ausgeſchloſſen wird, daß der Gebrauch

---

1) Anderer Meinung iſt z. B. Erhard, Sächſ. peinl. R. §. 306. Anm. 3.

2) Vgl. z. B. Koch, instit. jur. crim. §. 194, der hierin einen Beweis findet, daß der Dieb die Waffe nicht in der Abſicht ꝛc. mitgenommen habe.

Digitized by Google

des Werkzeugs eine besondere Befähigung oder Geschicklichkeit voraussetzt. Diese Frage ist zu verneinen, auch wenn wir nur die Gefährdung des Bestohlenen als das maßgebende Moment ins Auge fassen. Denn dieselbe ist hier, wenn der Träger der Waffe die erforderliche besondere Fertigkeit besitzt, keine geringere, als wenn eine, in der Hand jedes Andern brauchbare Waffe geführt wird. Das Werkzeug wird in der Hand dieses Diebes zur Waffe und mithin dieser Diebstahl ein bewaffneter. Wir können daher in der obigen Definition die „bleibende Bestimmung" als Waffe nicht so verstehen, als ob dieselbe eine absolute sein müsse; sie kann vielmehr eine verschiedene sein, je nach der Individualität des Thäters. Sie ist eine bleibende in der Hand dieses Menschen, — es setzt dies immer eine (objective) Beschaffenheit des Werkzeugs voraus, die lediglich zu ihrer Realisirung in concreto einer besondern Befähigung des Inhabers bedarf. Der in der Hand eines gewöhnlichen Diebes befindliche Strick kann in der Hand des Seilers zum Lasso geformt werden.

Eine Grenze nehmen wir nur soweit an, als wir jede Rücksicht auf das Verhältniß zwischen dem Diebe und dem Bestohlenen, insbesondere auf die gegenseitige Körperkraft, ausschließen. Wir geben nicht zu, daß das Werkzeug dadurch allein eine Waffe in der Hand des Diebes werden kann, daß der Dieb dem Bestohlenen an Körperkraft überlegen ist und hierdurch erst befähigt wird, mit dem Werkzeuge dem Bestohlenen eine körperliche Verletzung beizufügen. Ohnedem hängt dies von vielen Zufälligkeiten in dem Augenblicke des Zusammentreffens des Diebes mit dem Bestohlenen ab. Diese Zufälligkeiten können nicht rückwärts dem Werkzeuge eine Eigenschaft verleihen, die es im maßgebenden Augenblicke der Ergreifung nicht gehabt hat. Ebenso wird entgegengesetzten Falls die vorhandene Eigenschaft eines Werkzeugs als Waffe dadurch nicht wieder ausgeschlossen, daß der Bestohlene in Folge besserer Bewaffnung, sichtlicher Ueberlegenheit an Körperkräften ꝛc. bei dem Zusammentreffen mit dem Diebe durch das Werkzeug des letzteren nicht gefährdet gewesen und auch nicht in Furcht gesetzt worden wäre.

Digitized by Google

Die concrete Gestaltung des Falles ist ohne Einfluß auf unsere Frage, — nicht aber die Individualität des Thäters gegenüber der Brauchbarkeit des Werkzeugs.

Einige Gesetze haben die Clausel beigefügt: „nach ihrer gewöhnlichen Wirkung" — „nach ihrer Beschaffenheit." Die letztere Beschränkung steht unserer so eben vorgetragenen Ansicht nicht entgegen, da auch die Fertigkeit und Geschicklichkeit des Diebes nicht eine Beschaffenheit in das Werkzeug hineintragen kann, welche es nicht besitzt. Mit dieser Erklärung der „Beschaffenheit" würde aber die Zufügung dieses Worts und die mit ihm beabsichtigte Beschränkung überflüssig sein. Allein es fragt sich, ob das Wort „Beschaffenheit" nicht von dem Gesetzgeber in demselben Sinne gebraucht worden, welchen die Worte „nach ihrer gewöhnlichen Wirkung" bedeuten? Sprachlich genommen, ist dies nicht der Fall. Mit den zuletzt gedachten Worten würden zunächst die Fälle ausgeschlossen sein, in denen die Lebensgefährlichkeit des Werkzeugs nur unter außergewöhnlichen Umständen eintritt. Es sind Fälle constatirt, daß mit einer Stecknadel eine tödtliche Verletzung verursacht worden. Dergleichen Ausnahmefälle können bei der Frage, ob das Werkzeug einer Waffe gleichstehe, nicht herbeigezogen werden. Hiernächst fragt es sich aber, ob mit der bemerkten Clausel („nach ihrer gewöhnlichen Wirkung") nicht auch die Fälle ausgeschlossen werden, in denen allein die besondere Geschicklichkeit des Diebes die Gefährlichkeit des Werkzeugs zur Geltung bringt? Die Wirkung des Werkzeugs, welche in der ursprünglichen Bestimmung desselben liegt, ist insoweit als die „gewöhnliche" zu bezeichnen, als das Werkzeug zu ihr verwendet zu werden pflegt. Es handelt sich nur um die Anwendung dieser mechanischen Wirkung auf den Gebrauch des Werkzeugs gegen einen Menschen.[1]) Der Schlag mit einem Hammer hat mechanisch dieselbe Wirkung, gleichviel ob er gegen einen leblosen Gegenstand oder gegen einen Menschen geführt wird; er zertrümmert das

1) Dies wird von v. Bothmer, in s. Erört. aus d. Hannov. Rechte II. S. 318 übersehen.

Digitized by Google

Object, wenn es ſchwächer iſt, oder erſchüttert es wenigſtens. Dies iſt die gewöhnliche Wirkung eines Schlages mit dem Hammer. Inſofern bieten die Worte keinen Zweifel dar und erfordern noch nicht den Ausſchluß derjenigen Fälle, in welchen durch die beſondere Befähigung des Diebes die Gefährlichkeit in Kraft tritt. Wohl aber wird die aufgeſtellte Frage und zwar deshalb zu verneinen ſein, weil diejenige Wirkung, welche nur unter der Vorausſetzung einer „außergewöhnlichen“ Befähigung bei der Handhabung des Gegenſtandes wahrſcheinlich iſt, nicht die „gewöhnliche Wirkung“ genannt werden kann. Hierdurch ſtellt ſich eine weſentliche Verſchiedenheit zwiſchen der „gewöhnlichen Wirkung“ und der „Beſchaffenheit“ heraus.

Wenn nach der „gewöhnlichen Wirkung“ die Gefährlichkeit des Werkzeugs beſtimmt wird, ſo fragt es ſich, ob auch Werkzeuge hierher gerechnet werden können, welche in einer andern Weiſe angewendet werden, als dies gewöhnlich der Fall iſt. Nehmen wir den Fall, daß der Dieb mit einem ungeladenen Terzerole (mit einer nicht zuſammengeſetzten und alſo nicht ſchußfertigen Flinte ꝛc.) ſich verſieht. Er kann hiermit ſchlagen, ja den Gegner hierdurch lebensgefährlich verletzen. Iſt dies aber die gewöhnliche Wirkung zu nennen, da es doch nicht der gewöhnliche Gebrauch des Werkzeugs iſt? Wir bejahen die Frage. Wir werden überhaupt hier bei der „gewöhnlichen Wirkung“ nur denjenigen Gebrauch ins Auge faſſen dürfen, welchen der Dieb gerade von dem Werkzeuge zu machen beabſichtigt. Der Schlag, den der Dieb mit dem ungeladenen Terzerole führt, iſt kein *gewöhnlicher Gebrauch*, wohl aber iſt die Beſchädigung des Geſchlagenen durch den Schlag die *gewöhnliche Wirkung* des Schlagens mit einem Werkzeuge. Dies genügt. Nach der entgegengeſetzten Meinung würde die zum Ausheben und Auswuchten beſtimmte Brechſtange, dafern ſie zum Schlagen gegen den Beſtohlenen verwendet werden ſoll, nicht als Waffe prädicirt werden dürfen. Das Geſetz beſchränkt die „Wirkung“ nicht durch die Hinweiſung auf einen beſtimmten Gebrauch des Werkzeugs, insbeſondere nicht auf den „regelrechten“ oder „ordnungsmäßigen Gebrauch“ desſelben. Daher können ungangbare, verroſtete Ge-

Digitized by Google

wehre zwar nicht als Schußwaffen, wohl aber als „gefährliche Werkzeuge“ (zum Schlagen ꝛc.) angesehen worden.[1])

Die „gewöhnliche Wirkung“ schließt dagegen die Fälle aus, in denen die gefährliche Verletzung nur bei einer außergewöhnlichen und nicht zu vermuthenden Kraftanstrengung mit dem Werkzeuge bewirkt werden kann. So wird ein schwacher Spazierstock als Waffe nicht zu betrachten sein. Solche Fälle setzen zur Annahme der Möglichkeit von lebensgefährlicher Verletzung eine besondere Gestaltung des Falles und unwahrscheinliche Möglichkeiten voraus. Von ihnen ist daher der Begriff nicht abhängig zu machen, und zwar um so weniger, als der Erfolg der Anwendung des Werkzeugs nicht über den Begriff der Waffe entscheiden kann. In dem oben berührten Falle der besondern Geschicklichkeit, welche dem Träger des Instruments in der Handhabung desselben beiwohnt, ist es diese von Anfang an vorhandene Eigenschaft des Trägers, durch welche eine Wirksamkeit des Instruments, die in ihm bereits vorhanden, lebendig gemacht wird. Die Verschiedenheit dieses Falles von dem so eben besprochenen liegt klar vor. Ebenso kann dadurch, daß ein gefährliches Werkzeug in nicht gefährlicher Weise gegen den Bestohlenen angewendet worden, die Eigenschaft als gefährliches Werkzeug (Waffe) nicht nachträglich wieder beseitigt werden.[2])

Das Badische Gesetzbuch sagt: „Werkzeuge, mit welchen ihrer Beschaffenheit nach lebensgefährliche Verletzungen leicht zugefügt werden können.“ Mit dem Worte: „leicht“ wird die Objectivität der Gefährlichkeit noch schärfer hervorgehoben.

---

1) Hommel, de furto qualif. §. 13. Tittmann, a. a. O. §. 465. not. 10. Eine in ihre einzelnen Theile zerlegte, nicht schußfertige Flinte ist dagegen vom Obertribunal zu Berlin nicht als Waffe angesehen worden. Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. X. S. 140.

2) Vgl. auch noch d. Entscheidungen des O. A. G zu München in der Zeitschr. f. Gesetzg. ꝛc. in Bayern Bd. V. S. 357. Bd. VII. S. 60 f.

Digitized by Google

§. 5.

Die Absicht bei der Bewaffnung.

Ist es erforderlich, daß der Dieb in der Absicht sich mit den Waffen versieht, um mit ihnen, da nöthig, sich zur Wehre zu setzen?

Die überwiegende Mehrzahl der Criminalisten bejaht die Frage. Es geschieht dies auch von denen, welche lediglich die Gefährdung des Bestohlenen hervorheben. Es wird hierfür geltend gemacht, daß während in dem Einsteigen und Erbrechen an sich schon die Gefahr für den Bestohlenen sich manifestire, sie nicht ohne Weiteres in dem Tragen von Waffen sich zeige; vielmehr dasselbe möglicherweise höchst ungefährlich sei und nichts Auffälliges habe. Das Einsteigen und Einbrechen könne nicht unwillkürlich und absichtslos geschehen, wohl aber könne die Waffenführung zufällig sein.[1]) Auch reiche nicht jede Befürchtung des Bestohlenen hin, um den Diebstahl zu qualificiren.[2]) Erst durch die eventuelle Absicht werde daher die Waffenführung ein genügendes Moment für die Qualification.

Nicht minder beruft man sich zur Festhaltung der „eventuellen Absicht" als Requisits des bewaffneten Diebstahls auf die Fassung der Carolina „damit er jemandt — verletzen möcht," indem das Wort „damit" in Verbindung mit „möcht" nicht blos soviel als „mit denen," sondern vielmehr „damit er mit ihnen" bedeute.[3]) Auch auf die Analogie des Römischen Rechts ist Bezug genommen worden, indem in fr. 1. pr. D. XLVIII. 8. bestimmt sei: „lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit."

Was nun die neuen Gesetzbücher anlangt, so erfordern nach den oben referirten Bestimmungen die meisten nicht, daß der Dieb

---

1) Böhmer l. l. §. 6.

2) Vgl. auch Klien, Diebstahl ꝛc. S. 424.

3) Vgl. noch d. Kurhess. Spruchpraxis bei Kersting, S. 672.

Digitized by Google

ſich mit den Waffen in der fraglichen Abſicht verſehen habe.[1]) Vielmehr iſt lediglich die Thatſache der Gefährdung des Beſtohlenen durch die Waffenführung Seiten des Diebes das Moment, in welchem jene Geſetze das Motiv zur Qualificirung finden.

Mit dieſem Motive iſt jeder Diebſtahl ein bewaffneter, welcher mit Waffen oder ihnen gleichſtehenden Werkzeugen ausgeführt wird. Der Unterſchied, ob ſie zur Ausführung des Diebſtahls dienen und mitgenommen worden oder nicht, kommt gleichfalls nicht weiter in Betracht.[2])

Dieſe rein äußerliche Auffaſſung führt ferner zu manchen Inconvenienzen. Das Meſſer in der Taſche des Diebes, wie das Seitengewehr des Soldaten, der auf einen Diebſtahl ausgeht, — in beiden Fällen qualificirt die Waffe den Diebſtahl, ſelbſt wenn der Dieb bei dem Diebſtahle an den Beſitz der Waffe und die Möglichkeit, ihrer eventuell ſich bedienen zu können, nicht einmal gedacht hat. Bei dem Meſſer in der Taſche des Diebes iſt nicht einmal eine thatſächliche Bedrohung für den Beſtohlenen erkennbar, da letzterer das Meſſer nicht ſieht und nicht ſehen kann. Hier würde vielmehr zu einer Inſurchtſetzung des Beſtohlenen wenigſtens noch erforderlich ſein, daß der Dieb bei dem Zuſammentreffen mit dem Beſtohlenen ſich des Beſitzes der Waffe erinnerte, ſie hervorholte und dadurch unter die Augen des Beſtohlenen brächte; — bei dem bewaffneten Soldaten dagegen bedarf es zur Annahme der Bedrohung nicht einmal einer ſolchen Thätigkeit des Diebes; das Seitengewehr iſt ſichtbar und der Beſtohlene leiſtet

---

1) Auch das Oeſterr. Geſetzbuch erfordert dieſe Abſicht nicht ausdrücklich. Herbſt, Handbuch ꝛc. Bd. I. S. 340 f. ſucht jedoch nachzuweiſen, daß bei der Nothwendigkeit des böſen Vorſatzes für die zur Criminalität erforderlichen Momente die für die perſönliche Sicherheit gefährliche Abſicht des Diebes zum Thatbeſtande des bewaffneten Diebſtahls gehöre.

2) Eine Ausnahme macht das Geſetzbuch von Sachſen Art. 280, welches eventuelle Abſicht nicht erfordert, jedoch die zur Ausführung des Diebſtahls beſtimmten Werkzeuge und Waffen (wobei die Motiven ausdrücklich auf die Wilddiebſtähle hinweiſen) ausſchließt.

Digitized by Google

keinen Widerstand, weil er das Seitengewehr — an welches der Dieb dagegen vielleicht gar nicht denkt — sieht und dessen Gebrauch fürchtet. Dasselbe gilt von den Werkzeugen, welche vom Diebe lediglich zur Verübung des Diebstahls mitgebracht wurden.

Demnächst weichen diejenigen Rechtslehrer, welche die Thatsache der Bewaffnung für ausreichend zur Qualificirung erachten, insofern wieder von einander ab, als Einige derselben die Befürchtung des Bestohlenen accentuiren, daß der Dieb mit der Waffe ihn verletzen könne, und daher den bewaffneten Diebstahl wiederum negiren, wenn die Unverfänglichkeit der Waffenführung auch dem Bestohlenen erkennbar war;[1]) Andere aber nur die in der Waffenführung liegende Gefahr für den Bestohlenen hervorheben und in ihr allein das Wesentliche finden. Diese Gefahr würde auch bei den, dem Bestohlenen nicht sichtbaren oder erkennbaren Waffen vorhanden sein.[2])

Bringen wir damit in Verbindung, daß das Werkzeug durch den Gebrauch als Waffe auch unter diesen Begriff fallen soll, so erhalten wir, wenn lediglich die Gefährdung accentuirt und dabei darauf, ob der Bestohlene das Werkzeug als Waffe erkannt oder es wenigstens gesehen hat, keine Rücksicht genommen wird, das eigenthümliche Resultat, daß z. B. der schwere Hausschlüssel, der Schlagring in der Tasche und an der Hand des Diebes den Diebstahl zum bewaffneten macht.

Diese Ausdehnung des bewaffneten Diebstahls ist offenbar unberechtigt. Sie nimmt auf die Gefährlichkeit des Diebes selbst und dessen dolus keine Rücksicht. Sie qualificirt den Diebstahl auch da, wo weder eine schwerere Absicht, als die jedes andern Diebes vorliegt, noch wo in Wahrheit eine Gefährdung des Bestohlenen erfolgte, da — zum Thatbestande des bewaffneten Diebstahls — ein Zusammentreffen des Diebes mit dem Bestohlenen nicht verlangt wird. Die Möglichkeit, daß der bewaffnete Dieb dem Bestohlenen gefährlich werden könne, ist nicht geeignet, den

1) Vgl. Goltdammer, a. a. O.

2) Vgl. z. B. Code pénal Art. 385 „armes apparentes ou cachées."

Digitized by Google

Mangel eines, auf ſolche Gefährdung bereits gerichteten animus zu erſetzen.[1]) Der einfache, in jeder Beziehung vielleicht unbedeutende Diebſtahl wird zum qualificirten, ſobald der Dieb ein Meſſer ꝛc. bei ſich führt. Macht der Dieb von Waffen ꝛc. Gebrauch, die er nicht in dieſer Abſicht bei ſich geführt, ſo erſcheint er zwar beſonders ſtrafwürdig, weil der Beſtohlene und deſſen Eigenthum ſchwer gefährdet werden. Allein dieſe Erwägung führt zu beſonderer Hervorhebung des Falls mit erhöhter Strafe, aber noch nicht zur Subſumtion unter den bewaffneten Diebſtahl.

Man hat mit der Beſchränkung auf die Thatſache der Waffenführung die Schwierigkeiten des Beweiſes bezüglich der eventuellen Abſicht des Diebes abſchneiden wollen. Aber dieſer Nützlichkeitsgrund führt zur Ungerechtigkeit.

Man hat auch z. B. in der Preuß. Spruchpraxis in den Fällen, in welchen eine völlig unverfängliche Abſicht des Diebes klar vorgelegen, die Qualification nicht angenommen und hiermit für dieſe Fälle einigen Einfluß der Rückſicht auf den dolus geſtattet.[2]) Allein ſchon hierin iſt eine, wenngleich abgenöthigte, Abweichung von dem Geſetze und deſſen Tendenz erkennbar, indem das Geſetz lediglich das Thatſächliche der Waffenführung und der in ihr liegenden Gefährdung des Beſtohlenen hervorhebt, dieſe aber auch bei der urſprünglich unverfänglichſten Abſicht des Diebes nachträglich im Augenblicke der Gefahr, wo der Dieb betroffen wird, mit dem Gebrauche der Waffe eintreten kann.

Es iſt dieſe Abweichung auch deshalb inconſequent, weil ſie nicht völlig durchgeführt iſt. Liegt nämlich die unverfängliche Abſicht des Diebes bei der Waffenführung klar vor, ſo wird bewaffneter Diebſtahl nicht angenommen. Ergibt ſich aber dieſe Unverfänglichkeit nicht ohne Weiteres und würde ſie noch eines beſondern Beweiſes bedürfen, ſo wird letzterer abgeſchnitten und bewaffneter Diebſtahl ohne Weiteres angenommen. Die Halbheit

---

1) Hiermit erledigt ſich in der Hauptſache die gegentheilige Argumentation Hammers a. a. O.

2) Goltdammer, Archiv Bd. I. S. 247. Bd. III. S. 818.

Digitized by Google

und der Widerspruch, wie die Ungerechtigkeit solcher Unterscheidung liegen klar vor.

Der spätere Gebrauch der Waffe kann den Diebstahl als solchen nicht qualificiren. Für die Frage der Qualification ist vielmehr der Zeitpunkt der Bewaffnung und die Absicht bei derselben entscheidend.

Es kann die Feststellung der Absicht allerdings im einzelnen Falle mit Schwierigkeiten verbunden sein, obgleich dieselben bisweilen von den Gegnern überschätzt worden sind. Aber die Lösung dieser Schwierigkeiten kann nicht durch eine völlige Beseitigung der Frage nach der Absicht bewirkt werden. Die Schwierigkeit des Beweises ist keine Rechtfertigung für die Negation eines an sich gebotenen Requisits des Thatbestands. Noch weniger kann man aus der Waffenführung eine praesumtio doli ableiten; sie würde häufig genug durch entschiedene Gegenthatsachen widerlegt werden und hiermit zu einer fictio doli ausarten.

Die höhere Gefährlichkeit des bewaffneten Diebes kann an sich auch deshalb nicht als das erschwerende Moment angesehen werden, weil der körperlich starke Mensch, selbst unbewaffnet, nach Befinden, gefährlicher ist, als der bewaffnete, aber schwächliche, auch vielleicht in der Führung der Waffe wenig erfahrne Dieb. Der Faustschlag jenes Diebes ist eine schwerere Gefährdung, als der Schlag dieses Diebes mit dem Knüttel. Dessenungeachtet ist hier der Diebstahl qualificirt, — dort nicht; und mit Recht, weil in der absichtlichen Bewaffnung die größere Verwegenheit des Diebes sich kundgibt.

§. 6.

Nähere Feststellung der Absicht der Widersetzung.

Wir wenden uns nun zu der näheren Feststellung der „eventuellen Absicht" ꝛc. des Diebes bei der Bewaffnung.

Es reicht zur Annahme dieser eventuellen Absicht im einzelnen Falle hin, wenn der Dieb dessen, daß er eine Waffe bei sich führe, und der Möglichkeit, mit ihr dem Bestohlenen Widerstand

Digitized by Google

leisten zu können, ausdrücklich sich bewußt gewesen. Man darf nicht einwenden, daß der Dieb, welcher eine Waffe nach seinem Lebensberufe zu führen gewöhnt ist, nothwendig dessen, daß er eine Waffe bei sich habe, bewußt gewesen sein müsse und daß sonach obiges Requisit als ein praktisch überflüssiges sich darstelle. Denn die Führung der Waffe kann für ihn allerdings eine so gewöhnliche sein (vgl. die obigen Beispiele), daß er des Waffenbesitzes sich während der That kaum erinnert.

Dagegen ist auch nicht nöthig, daß eine specielle und bestimmte Absicht vorgelegen habe, mit den Waffen sich zur Wehre zu setzen. Es genügt, daß der Sinn des Diebes auf den eventuellen Gebrauch der Waffe mitgerichtet ist. In diesem Sinne des Diebes tritt die größere Verwegenheit desselben hervor, wie durch letztere wieder eine besondere Gefährdung des Bestohlenen bewirkt wird. Der Dieb ist in diesem Falle auf das Zusammentreffen mit dem Bestohlenen vorbereitet, läßt sich aber durch den Gedanken hieran von der Ausführung nicht abhalten; er fühlt sich für diesen Fall sicherer in dem Bewußtsein, daß er bewaffnet sei. Dies wird daher auch auf den Soldaten und überhaupt auf jeden Anwendung finden, welcher die Waffe nicht direct und lediglich in der Absicht des Widerstandes an sich genommen hat, oder bei sich führt, sondern mit der Waffe, die er aus irgend einem andern Grunde bei sich führt, zum Diebstahle geht und dabei ausdrücklich dessen sich bewußt geworden ist, daß er mit der Waffe Widerstand leisten könne.

Es leuchtet ein, daß aus dem Gebrauche der Waffe allein darauf nicht ein Rückschluß gemacht werden kann, daß der Dieb mit ihr sich zu dem Diebstahle versehen habe, da hier zwei ganz verschiedene Zeitpunkte in Frage kommen.[1]) Bei den Waffen im eigentlichen Sinne des Wortes wird die geschilderte Absicht in der Regel aus der Führung der Waffe selbst sich ergeben, es wäre denn, daß die Führung der Waffe an sich, sei es in Rücksicht auf das Gewerbe ꝛc. des Diebes, sei es in Rücksicht auf die Umstände

1) Vgl. dagegen d. Entscheidung des O. A. G. zu Dresden in der Sächs. Ger. Ztg. Bd. VI. S. 33.

Digitized by Google

des Falles, nichts Auffälliges enthält.[1]) In diesen letztern Fällen wird nämlich das Anführen des Diebes, daß die Bewaffnung ohne irgend eine Beziehung zu der Ausführung des Diebstahls stehe und erfolgt sei, glaubhaft erscheinen, während dieses Anführen sich in den übrigen Fällen durch die Thatsache der Bewaffnung widerlegen würde. Als eine nicht auffällige Waffenführung würde es z. B. anzusehen und daher qualificirter Diebstahl nicht anzunehmen sein, wenn der Dieb am Orte der That auch einen Degen stiehlt und ihn zu den übrigen Sachen, deren Mitnahme er beabsichtigt, legt.

Bei den „Werkzeugen" wird der Beweis der geschilderten Absicht ebenfalls dann erleichtert sein, wenn das Werkzeug offenbar nicht zur Ausführung des Diebstahls oder zur Fortschaffung des Entwendeten bestimmt gewesen und es im Uebrigen unter den Begriff „Waffe" gestellt werden kann. Auch hier wird in der Thatsache der Mitnahme des Werkzeuges ein gewichtiges Anzeichen für die fragliche Absicht zu finden sein. Andererseits können gleiche Verhältnisse, wie bei den eigentlichen Waffen, dieses Indiz ausschließen, z. B. bei den, mit den Arbeitswerkzeugen heimkehrenden Arbeitern.

Selbst bei den Werkzeugen, welche zur Ausführung des Diebstahls mitgebracht worden, kann gleichzeitig die eventuelle Absicht des Diebes, mit ihnen Widerstand zu leisten, vorhanden sein. Die nächste Bestimmung der Werkzeuge schließt diese eventuelle Bestimmung derselben nicht aus, wenngleich die letztere hierbei mehr in den Hintergrund tritt und auch in Bezug auf den Gebrauch selbst recht eigentlich als eventuelle sich darstellt.

Soll dagegen nach der hier bekämpften Meinung die Thatsache der Waffenführung allein über den Thatbestand entscheiden, so kann in diesem Falle, trotz des hierauf gerichteten dolus des Diebes, bewaffneter Diebstahl nicht angenommen werden, wenn es nicht (was aber zum Thatbestande des bewaffneten Diebstahls nicht erforderlich ist) zum Gebrauche gekommen. Denn die Führung der zum Diebstahle erforderlichen Werkzeuge ist keine Bewaffnung

1) Dies wird allgemein angenommen.

Digitized by Google

in dem hier fraglichen Sinne. Auch hierin liegt ein Argument für die Unrichtigkeit der gegentheiligen Ansicht.

In einem Falle hatten Kartoffeldiebe Spaten zur Ausgrabung der Kartoffeln mitgenommen und einer derselben dabei geäußert, daß die Spaten auch dazu gut wären, dem Feldwächter, wenn er dazu (zum Diebstahle) kommen sollte, eins zu versetzen. Wir wählen zugleich diesen Fall (der K. Sächs. Spruchpraxis), um an ihm praktisch den oben aufgestellten Satz zu erläutern, daß es ausreicht, wenn der Dieb ausdrücklich der Möglichkeit sich bewußt gewesen, mit dem Werkzeuge Widerstand leisten zu können. Diese Hinweisung des Diebes auf den eventuellen Gebrauch des Werkzeugs zur Widersetzung genügt, um es zur „Waffe" und den Diebstahl zum bewaffneten Diebstahl zu stempeln.

Zuweit geht jedenfalls das Badische Gesetzbuch, indem es §. 381 die „Führung" der Waffen ꝛc. qualificirt, dabei aber die Beschränkung beifügt „insofern sich nicht aus den Umständen des einzelnen Falles als glaubhaft ergibt, daß der Dieb sich derselben zum Angriffe oder Vertheidigung bei der Ausführung des Diebstahls nicht habe bedienen wollen." [1]) Der Angeklagte wird hierdurch mit einem Beweise beschwert, dessen Gegentheil vielmehr der Anklage obliegt. Das Gesetz wird auch inconsequent, indem es, wie bemerkt, die Waffenführung und mit ihr die Gefährdung des Bestohlenen hervorhebt, bei dieser Auffassung aber die ursprüngliche Absicht des Diebes einflußlos sein muß.

Die Antwort auf die Frage, in welcher Absicht hat der Dieb das Werkzeug mitgenommen? wird daher auch die Beantwortung der Frage, ob es als Waffe anzusehen sei? wesentlich erleichtern und damit manchen Zweifel beseitigen. Entscheidet die Waffenführung allein, so wird übrigens die Frage, ob das Werkzeug eine Waffe sei? zur Thatfrage und mithin zur Competenz der Jury zu stellen sein. [2])

---

1) Diese Ansicht wurde schon in der gemeinrechtlichen Praxis mehrfach aufgestellt. S. Salchow, Lehrb. d. peinl. Rechts §. 373. Anm. **** u. die das. angeff. Rechtslehrer.

2) Vgl. auch Goltdammer, Archiv, Bd. I. S. 55. III. S. 818.

Digitized by Google

§. 7.

Ueber die Richtung der (eventuellen) Absicht. — Ungeladenes „Schießgewehr."

Worauf muß die eventuelle Absicht des Diebes gerichtet sein, wenn sie qualificiren soll? — Die Carolina hat auf die „*Verletzung*" des Bestohlenen hingewiesen. Die neuen Gesetze sprechen von „gefährlichen Werkzeugen" und von Werkzeugen, deren Gebrauch eine gefährliche *Verletzung* für den Angegriffenen haben kann. Es ist hier eine *wirkliche* Gefährdung durch den Gebrauch der Waffe, bez. des Werkzeuges indicirt und gerade in ihr liegt auch der Grund für Gleichstellung des Werkzeuges mit der Waffe.

Ohne diese (*objective*) Gefährdung des Bestohlenen ist daher auch der Thatbestand des bewaffneten Diebstahls *nicht* vorhanden.

Bei *Waffen*, die in dem Zustande, in welchem sie sich gerade finden, zu solcher Verletzung unfähig sind, z. B. ungeladenes Schießgewehr, kann die Absicht des Diebes wohl darauf gerichtet sein, mit ihnen den Bestohlenen zu bedrohen und zu schrecken, um ihn dadurch von jedem Widerstande abzuhalten. Allein dies genügt nicht,[1]) weil eine *objective* Gefahr nicht vorhanden war; die Furcht des Bestohlenen allein reicht nicht aus; die Verwegenheit des Diebes ist nicht so groß, als der Bestohlene irrthümlich glaubt.[2])

Selbst wenn man nur den Standpunkt des Bestohlenen festhält und die eventuelle Absicht des Diebes, wie wir sie verlangt haben, für unerheblich erklärt, wird man doch eine nur eingebildete (nicht wirkliche) Gefährdung, wenngleich vielleicht der Irrthum sehr natürlich war, nicht für genügend erachten und daher

---

1) So entschied auch das O. A. G. zu Cassel bei einer nur mit Pulver geladenen Pistole. Heuser, Entscheid. Bd. IV. S. 304.

2) Ueber den Fall, wenn der Dieb mit der ungeladenen Pistole den Bestohlenen zu schlagen eventuell entschlossen ist, s. weiter unten.

Digitized by Google

im Falle der Bedrohung mit einer ungeladenen Piſtole die Qualification nicht ſtatuiren.

Wollte man dagegen lediglich den ſubjectiven Standpunkt des Bedrohten als entſcheidend anſehen, ſo würde es zuletzt gleichgiltig ſein, ob das Inſtrument, mit welchem der Dieb drohte, wirklich eine Waffe war oder nur von dem Beſtohlenen dafür gehalten wurde; z. B. ein Stock für eine Flinte ꝛc.

Bei der Nothwehr genügt allerdings auch eine eingebildete Gefahr, wenn nur der Irrthum des Bedrohten ein nicht völlig unhaltbarer geweſen. Ebenſo würde auch bei dem Diebſtahle der Irrthum des Beſtohlenen, welcher von einem (ungeladenen) Piſtole ſich bedroht ſieht, daß die Piſtole geladen und er von einer ſchweren Gefährdung ſeines Lebens ꝛc. bedroht ſei, gerechtfertigt und eine von ihm, zur Abwendung dieſer Gefahr dem Diebe zugefügte Verletzung entſchuldigt ſein.

Allein es handelt ſich hier nicht um die ſtrafrechtliche Beurtheilung der Handlungen des *Beſtohlenen*, die er in Folge ſeines Irrthums vornimmt, ſondern es fragt ſich, ob wirklich eine Gefahr für den Beſtohlenen und eine beſondere Verwegenheit des Diebes vorhanden war. Jene, wie dieſe ſind hier nicht vorhanden. Die irrthümliche Auffaſſung des Beſtohlenen kann jene wie dieſe nicht erſetzen.

Allerdings kann der Dieb durch die Drohung mit der, wenngleich ungeladenen Piſtole den Beſtohlenen zurückſchrecken und dadurch ſich den Rückzug ſichern. Allein es iſt eine andere Frage, ob ein ſolcher Gebrauch der Waffe unter die ſchwereren Beſtimmungen des Geſetzes über die *Gewalt* zur Sicherung des Entwendeten oder der Flucht fällt. Die Beantwortung dieſer Frage iſt unabhängig von dem Thatbeſtande des bewaffneten Diebſtahls. Die Gewalt zur Sicherung des Entwendeten ſetzt überhaupt den Gebrauch von Waffen nicht voraus; ſie kann auch ohne Waffen und z. B. durch die Fauſt, ſo wie durch Werkzeuge, welche entſchieden *nur* zur Ausführung des Diebſtahls mitgenommen worden ſind, ausgeübt werden. Der Gebrauch des Werkzeugs ꝛc. macht den Diebſtahl nicht nachträglich zum bewaffneten, wie deſſen

Digitized by Google

Thatbeſtand überhaupt völlig unabhängig davon iſt, daß es zu einem Zuſammentreffen mit dem Beſtohlenen kommt.

Deſſenungeachtet kann nach Befinden die Mitnahme einer ungeladenen Piſtole den Thatbeſtand des bewaffneten Diebſtahls erfüllen. Es kann nämlich der Dieb mit der ungeladenen Piſtole auch ſchlagen. Allein dann wird vorausgeſetzt, daß der Dieb bei der Anſichnahme der Piſtole die Abſicht gehabt habe, ihrer ſich als Schlagwaffe zu bedienen. In ſolchem Falle iſt der Thatbeſtand des bewaffneten Diebſtahls vorhanden, und zwar ohne daß er dadurch wieder aufgehoben wird, daß der Dieb bei dem Zuſammentreffen mit dem Beſtohlenen von der Waffe nicht den ſpeciell beabſichtigten Gebrauch machte. Es würde alſo hier z. B. dieſer Thatbeſtand nicht ceſſiren, weil der Dieb mit der Piſtole den Beſtohlenen bedroht, — nicht aber ihn ſchlägt. Die Mitnahme in Verbindung mit der Abſicht bei derſelben, — nicht der ſpätere Gebrauch oder die Art derſelben entſcheiden. Ohne ſolche Abſicht iſt und bleibt aber die ungeladene Piſtole ein ungefährliches Werkzeug. Daſſelbe gilt von Schußwaffen überhaupt, die zur Abfeuerung nicht mehr brauchbar ſind.[1])

§. 8.

Das Mitbringen der Waffe und das Bewaffnen an Ort und Stelle.

Muß der Dieb die Waffen mitgebracht haben oder genügt die Bewaffnung an Ort und Stelle? Die Carolina beſtimmt: „— mit waffen zum ſtelen eingeht.“ Dies ſpricht für die erſtere Meinung.[2]) Allein die gemeinrechtliche Praxis hat ſich wegen der ratio legis ziemlich einſtimmig für die letztere Meinung erklärt.[3])

---

1) Vgl. übrigens noch Koch, instit. jur. crim. §. 194 not. a.

2) Vgl. auch Marezoll, Lehrb. §. 137.

3) Vgl. Tittmann, Handb. ꝛc. §. 464. Anm. p. u. d. daſ. Angeff. Klien, Diebſtahl ꝛc. S. 431. Koch, instit. jur. crim. §. 194. Vgl. auch Heuſer, Handb. d. Churh. Strafrechts S. 106.

Digitized by Google

Das Hannöv. Geſetz ſagt in §. 6 des Geſetzes v. J. 1857: „vor oder während der Verübung des Diebſtahls," „um ſich allenfalls zur Wehre zu ſetzen."

Das K. Sächſ. Geſetzbuch Art. 280: „Hat ſich der Dieb mit — verſehen ꝛc."

Das K. Preuß. Geſetzbuch §. 218 „wenn der Dieb — Waffen bei ſich führt." Der Entw. f. Bremen §. 399: „wenn der Dieb — bei Verübung der That mit Waffen verſehen war."

Das K. Bayer. Geſetzbuch Art. 274: „wenn ſich der Dieb — zur Verübung der That mit Waffen verſehen hat." Das K. Württemb. Geſetzbuch Art 324 „wenn er ſich zur Unternehmung der That mit Waffen verſehen hat." Das Großh. Heſſ. Geſetzbuch Art 306, „wenn ſich der Dieb zu einem Diebſtahle mit Waffen verſehen hatte."

Nach den drei zuletzt genannten Geſetzbüchern iſt es erforderlich, daß der Dieb mit den Waffen ſich bereits verſehen, ehe er am Orte des Diebſtahls eingetroffen iſt. Es gehört hier die Bewaffnung zur Vorbereitung der That, und man wird von demjenigen, welcher erſt am Orte der That ſich bewaffnet hat, nicht ſagen können, daß er ſich „zur Unternehmung derſelben" mit Waffen verſehen habe, wie auch das „Verſehen" in dieſer Zuſammenſtellung („zu einem Diebſtahle") auf eine Vorbereitung hindeutet.

Allgemeiner lauten die übrigen Geſetzbücher. Hier entſcheidet die Thatſache der Bewaffnung zur Zeit der That. Insbeſondere iſt das „bei ſich führt" etwas rein Thatſächliches.

Die Bewaffnung am Orte der That zeigt einen minder ſchweren dolus, als das Ausgehen mit Waffen zum Diebſtahle.[1]) Dieſe Auffaſſung hängt freilich davon ab, daß die (eventuelle) Abſicht des Diebes, ſich zur Wehre zu ſetzen, für erforderlich erachtet wird. Wird aber das rein Thatſächliche, alſo die Gefahr für den Beſtohlenen als entſcheidend angeſehen, ſo kommt auf dieſe Abſicht überhaupt gar nichts an und daher auch nicht auf die Zeit der Bewaffnung.[2]) Das Mitbringen der Waffe, wie das

1) Hommel, de furto qualif. §. XVI.

2) Vgl. Hammer, a. a. O. S. 634 f.

Digitized by Google

Ergreifen derſelben an Ort und Stelle reichen hier zur Qualification hin; ja ſelbſt dasjenige Führen der Waffe, bei welchem der Träger an einen möglichen Gebrauch derſelben nicht gedacht hat.

Selbſt aus dem Erforderniſſe der eventuellen Abſicht läßt ſich jedoch — abgeſehen von der Faſſung einiger Geſetzbücher — die Mitnahme der Waffen beim Ausgehen auf den Diebſtahl nicht als Requiſit ableiten. Auch das Ergreifen der Waffen an Ort und Stelle kann noch in dieſer Abſicht erfolgen.[1]) Aus ſolchem Ergreifen wird ſogar, wenn nicht die Entwendung der Waffen ſelbſt beabſichtigt war, in der Regel gerade ein Beweis für dieſe Abſicht hervorgehen.[2]) Daß das Mitnehmen der Waffen einen noch ſchwereren dolus bekundet, iſt dabei zuzugeben, hat aber nur auf die Abmeſſung der Strafe Einfluß. Jedoch kann man auch den Fall ſich denken, daß der Dieb gewußt hat, daß er am Orte des Diebſtahls Waffen finden wird, und ſich daſelbſt bewaffnet;[3]) ſonach mit dieſer Abſicht zum Diebſtahle ausgeht.

War der Dieb bei dem Diebſtahlsacte nicht bewaffnet, ſo genügt ſelbſtverſtändlich auch nicht das bewaffnete Eingehen zum Thatbeſtande des bewaffneten Diebſtahls. Wenn der Dieb ſeinen Sinn ändert und die Waffen beſeitigt, ehe ein Zuſammentreffen mit dem Beſtohlenen denkbar iſt, ſo liegt inſoweit ein freiwilliges Abſtehen von dem Verbrechen vor.[4]) Es wird hier die Sachlage des einzelnen Falles entſcheiden. Dagegen genügt eine ſolche Weglegung der Waffen nicht, bei welcher dem Diebe in jedem Augenblicke es möglich iſt, ſie wieder zu ergreifen und zu gebrauchen; z. B. einſtweilige Weglegung der Waffen, da durch deren Führung die Entwendung der Sachen erſchwert wird.

Es wird daher auch nicht ohne Weiteres der Thatbeſtand des bewaffneten Diebſtahls dadurch ausgeſchloſſen, daß der Dieb Waffen zwar mitnahm, ſie jedoch außerhalb des Gebäudes hin-

---

1) Vgl. hier noch Hammer, a. a. O. S. 636. Die ältere Literatur ſtimmt ziemlich allgemein hiermit überein. Salchow, a. a. O. S. 110.

2) Vgl. auch Böhmer, l. l. §. 6.

3) S. auch Heffter, a. a. O. Anm. 7.

4) Hiermit widerlegt ſich die Deduction Hammer's a. a. O.

Digitized by Google

legte, um sich lediglich die Flucht zu sichern.[1]) Die Möglichkeit alsbaldiger Ergreifung steht der actuellen Führung der Waffen gleich.[2])

Dem O. A. G. zu Celle hat folgender Fall vorgelegen: H. und W. vereinigen sich zu einem gewissen, bestimmten Diebstahle und nehmen bei der Ausführung eine scharf geladene Pistole mit. Nachdem die That vollbracht worden, bietet sich die Gelegenheit, noch an drei andern Stellen, sämmtlich in demselben Dorfe, zu stehlen und es geschieht dies unmittelbar hintereinander. Es wurde angenommen, daß nicht vier bewaffnete Diebstähle vorlägen, vielmehr die drei letzten Diebstähle nicht als bewaffnete anzusehen, und zwar deshalb, weil das factum der Bewaffnung nur einmal vorgekommen, in den übrigen Fällen die Waffe, welche die Diebe einmal bei sich getragen, nur nicht weggelegt worden; man accentuirte dabei als Grund der Auszeichnung des bewaffneten Diebstahls vorzugsweise die schlimme Individualität des Diebes.[3]) Es scheint uns diese Entscheidung bedenklich. Die Mitnahme der Waffe zum ersten Diebstahle war in der eventuellen Absicht der Widersetzung erfolgt. Die alsbaldige Verübung der übrigen Diebstähle zeigt kein Moment, daß die Diebe diese Absicht aufgegeben. Besondere Umstände für diese Annahme liegen nicht vor.

§. 9.

Vollendung des Diebstahls.

Ist zur Anwendung der vollen Strafe die Vollendung des Diebstahls selbst nöthig? — Die K. Sächs. und die Thüring. Gesetzgebungen verneinen die Frage.[4]) Die übrigen Gesetze führen

---

1) Anderer Meinung ist Tittmann, Handb. §. 464. Anm. r.

2) Klien, Diebstahl ꝛc. S. 430.

3) N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht Bd. IV. S. 209 f.

4) Ebenso Hommel, de furto armato §. 18. Erhardt, sächs. peinl. Recht §. 377, welche sich auf die Regel stützen: in lege Cornelia dolus pro facto accipitur.

Digitized by Google

den bewaffneten Diebstahl unter den Auszeichnungen des Diebstahls in dem Capitel von dem Diebstahle mit auf und die allgemeine, an der Spitze des Capitels stehende Begriffsbestimmung über die Vollendung des Diebstahls leidet auf alle Diebstahlsarten Anwendung, da keine derselben, auch nicht die des bewaffneten Diebstahls ausgenommen ist. Ohnedem wird der bewaffnete Diebstahl in den meisten Gesetzen lediglich als eine Unterart des ausgezeichneten Diebstahls, unter den übrigen Qualificationsarten, behandelt. Auch der Diebstahl mit Einsteigen ꝛc. ist nicht vollendet, wenn der Dieb nach dem Einsteigen, aber vor der Aneignung der Sache ergriffen wird, obgleich hier das qualificirende Moment bereits vollständig vorhanden ist. Sowohl die Mehrzahl der älteren Juristen,[1]) als auch die neuern Juristen[2]) pflichten der hier vertheidigten Ansicht bei.

§. 10.

Diebstahl in unbewohnten Gebäuden — im Freien.

Der Dieb will sich eventuell mit der Waffe zur Wehre setzen. Dies führt auf die Frage, ob der bewaffnete Diebstahl auch im unbewohnten Gebäude oder im Freien verübt werden kann? Die Frage ist zu bejahen,[3]) da der Dieb hier wie dort Andere betreffen und überraschen können. Sie ist aber auch zu bejahen, wenn die Waffenführung an sich schon qualificirt, weil sie aus dem gedachten Grunde für Dritte gefährlich werden kann. Zu weit geht auch hier Hammer, wenn er die Frage deshalb bejaht,

---

1) Vgl. Leyser, Spec. 536 med. 6. Carpzov, qu. 79. n. 57 sq. Böhmer ad Carpz. qu. 79. obs. 6. Kress, ad C. C. C. 159. §. 3. Engau, §. 115. Koch, Anfangsg. d. p. R. ꝛc. §. 195. Puettmann, El. jur. crim. §. 467. Tittmann, Handb. §. 464. u. d. in not. k Angeff. Klein, Grundſ. §. 446. Klien, Diebstahl ꝛc. S. 434 f.

2) Vgl. z. B. Heffter, §. 502. Abegg, §. 360. Martin, §. 154. Wächter, §. 192. Anm. 78. c. Feuerbach, §. 341 (ed. Mittermaier.)

3) Die ältere Praxis war verschiedener Meinung, neigte sich aber mehr zu der Verneinung. Quistorp, Grundſ. §. 351.

Digitized by Google

weil die Gefahr für Menschenleben nicht Bedingung, sondern nur Folge des bewaffneten Diebstahls sei; denn jene Gefahr ist auch bei der Beschränkung des letztern auf die Thatsache der Bewaffnung nothwendige Voraussetzung der Qualification. — Ist allerdings der Fall von der Art, daß ein Herbeikommen von Menschen unbedingt nicht zu erwarten war, so ist auch nicht anzunehmen, daß die Bewaffnung in der hier fraglichen Absicht erfolgte. Es ist dies ein Moment zur Feststellung der letzteren.[1]) Schließlich wird die Ansicht des Diebes selbst entscheiden.

§. 11.

Ist das Ergreifen der Waffen nach der Entwendung ein Qualificationsgrund?

Es läßt sich wohl denken, daß der Dieb, nachdem er die Sache bereits an sich genommen und auf dem Rückzuge sich befindet, durch ein Geräusch ꝛc. erschreckt, zur Deckung des Rückzugs sich noch bewaffnet. Wir gehen bei diesem Falle davon aus, daß der Diebstahl selbst vollendet gewesen.

Die Anwesenheit des Diebes in den Räumen oder in dem Hause des Bestohlenen wird für letzteren stets gefährlich sein. Nach Befinden, kann sogar die Fortschaffung des Entwendeten für den Bestohlenen deshalb gefährlicher werden, weil der Dieb den Versuch wagen wird, die bereits erfaßte Beute und damit den Gewinn seiner Unternehmung sich zu sichern. Die Fortschaffung des Entwendeten in unmittelbarer Continuität mit dem Diebstahlsacte ist für den Dieb, wie auch für den Bestohlenen der Schlußstein des Diebstahls selbst und ihrer Anschauung, über Gewinn und Verlust nach, auch ein nothwendiger Theil desselben.

In der K. Sächs. Spruchpraxis hat man, bei mehreren Fragen aus der Diebstahlslehre, die Fortschaffung des Entwendeten noch als zum Diebstahlsacte gehörig betrachtet, natürlich, wenn

---

1) Vgl. den Fall bei Hufnagel, N. Präjud. d. Württemb. Ger. S. 418.

Digitized by Google

sie in unmittelbarer Continuität mit dem letzteren stand und der Dieb noch nicht außerhalb der Möglichkeit unmittelbarer Ergreifung sich befand. Diese Ansicht ist auch berechtigt.[1]) Der Dieb, welcher mit der gestohlenen Sache noch in dem Hause des Bestohlenen betroffen wird, ist gleichsam noch in der Botmäßigkeit des letztern,[2]) und es fragt sich wohl, ob man nicht die Vollendung des Diebstahls häufig zu zeitig in den Act der Aneignung selbst setzt, und ob nicht die Apprehensionstheorie bisweilen in einer, dem Leben und der gemeinen Auffassung widersprechenden Weise angewendet wird.

Das Ergreifen „auf frischer That" ist daher nicht auf den Act der Aneigung beschränkt, sondern auch dann anzunehmen, wenn der Dieb am Orte der That, unmittelbar nach der That, betroffen wurde. Der Ort der That ist ebenfalls nicht zu eng zu nehmen. Wird der Diebstahl z. B. im Hause selbst verübt, der Dieb aber im Gehöfte des Hauses betroffen, so ist noch „Ort der That" vorhanden. So bezeichnet schon das Römische Recht den Dieb als fur manifestus, qui in domo furtum fecit et nondum egressus januam deprehensus fuerit.[3])

Jedenfalls muß aber eine zeitliche Continuität mit dem Diebstahlsacte vorhanden sein.[4]) Die Gesetzbücher von Preußen und Bayern sprechen von „frischer That." Das Beiwort „frisch" ist bezeichnend, will aber nichts ausdrücken, was nicht schon in dem Begriffe „That" mitenthalten. Wenn der Dieb die Sache versteckt hat, gleichviel aus welchem Grunde, den Ort der That unbelästigt verläßt und erst in späterer Zeit (z. B. um die Sache in der Nacht abzuholen) dahin zurückkehrt, so ist die Continuität nicht mehr vorhanden und eine etwaige Ergreifung des Diebes nicht auf der „That" erfolgt.

---

1) Vgl. noch unsere Ausführung in der Sächs. Ger. Ztg. Bd. VII. S. 128 f.

2) Vgl. noch Stenglein, Zeitschr. f. Gerichtspr. in Bayern Bd. I. S. 40 f.

3) Vgl. §. 3. J. IV. 1.

4) Vgl. auch noch unsere angez. Ausführung in der Sächs. Ger. Ztg. u. Herbst, Handbuch ꝛc. S. 341.

Digitized by Google

Dagegen ist nicht nöthig, daß bei der Verfolgung des Diebes der gerade verübte Diebstahl schon entdeckt war. Es genügt, wenn der Dieb auch nur als im Allgemeinen eines Diebstahls verdächtig angehalten worden ist.[1]) Dasselbe gilt von dem Falle, wenn die Verfolgenden davon, ob und was der verfolgte Dieb bereits an sich genommen habe, keine Kenntniß haben.[2])

Der fliehende Dieb wird in der Regel nicht so gefährlich sein, wie der auf der That betroffene Dieb. Der letztere wird leicht der Angreifende, — der fliehende Dieb sucht seine Vertheidigung nicht im Angriffe, vielmehr will er demselben ausweichen. Allerdings kann auch der Fliehende durch Abschießen von Gewehren ꝛc. sehr gefährlich werden; nicht minder, wenn er auf der Flucht eingeholt wird und sich zur Wehre setzt.

Dessenungeachtet kann nicht in Abrede gestellt werden, daß der Diebstahl selbst vollendet ist und daß die Qualification des Diebstahls nicht über diesen hinaus ausgedehnt werden kann. Die Ergreifung der Waffen nach der That ist daher kein Qualificationsgrund. Uebrigens haben die meisten Gesetze den Gebrauch von Waffen gegen die den Dieb anhaltenden Personen besonders qualificirt, — dies ist aber ein besonderer der That nachfolgender Erschwerungsgrund, welcher lediglich auf der ausdrücklichen speciellen Vorschrift des Gesetzes beruht. Sie hilft einer Lücke ab, aber ist keine nothwendige Consequenz der Qualification des furti armati.

Es ist daher schon von der ältern gemeinrechtlichen Praxis in solchem Falle ziemlich einstimmig[3]) die Qualification nicht angenommen worden,[4]) wie denn auch die Worte in den neuen Gesetzen „bei Verübung — versehen" „zur Unternehmung der That," auf gleiche Ansicht hinweisen. Das Badische Gesetzbuch sagt: „vor oder während der Verübung."

---

1) So entschied auch das Ober-Apell. Ger. zu München. Zeitschr. f. Gesetzg. ꝛc. in Bayern Bd. IV. S. 360.

2) So in einem Falle der Sächs. Spruchpraxis.

3) Vgl. dagegen z. B. Hommel, diss. §. 16. Leyser, a. a. O. med. 13.

4) Vgl. Salchow, Entw. S. 109 f. u. d. daselbst angef. Rechtslehrer, sowie Hammer a. a. O. S. 637.

Digitized by Google

§. 12.

Der Gebrauch der Waffe nach dem Diebstahle.

Der Gebrauch der Waffe gegen die, den Dieb anhaltenden Personen kann weder an dem Thatbestande des bewaffneten Diebstahls etwas ändern, noch die That dem Gebiete des Raubes zuführen.

Allein in der Mehrzahl der deutschen Gesetze ist der Gebrauch der Waffe anders behandelt worden.

Einzelne Gesetzgebungen sehen in dem Gebrauche der Waffen einen erhöhten Grad des bewaffneten Diebstahls und strafen ihn deshalb mit besonderer Strafe. Andere Gesetzgebungen haben den Fall theils unbedingt, theils wenigstens dann, wenn die Gewalt zur Sicherung des Entwendeten verübt wurde, dem Raube gleichgestellt, und zwar solchenfalls ohne Unterschied, ob der Dieb vorher mit Waffen sich versehen hat oder nicht und ob er überhaupt Waffen geführt hat oder nicht.

Die Gesetzbücher vom K. Sachsen v. J. 1838 (Art. 234) und v. J. 1855 (Art. 280), sowie von Thüringen (Art. 236) betrachten den Fall, wo der Dieb von den Waffen Gebrauch gemacht, als erschwerten Fall des bewaffneten Diebstahls.[1])

Wenn der Dieb von den Waffen Gebrauch gemacht, oder überhaupt Gewalt angewendet hat, um den Besitz der entwendeten Sachen sich zu sichern, wird er nach dem (alten) Gesetzbuche von Sachsen (Art. 163) und dem Gesetzbuche von Thüringen (Art. 152.), von Hannover (Art. 323),[2]) Baden (§. 411) und Preußen (§. 230) als Räuber bestraft. Es soll nach dem Gesetzbuche von Hannover nur bei der Strafabmessung berücksichtigt werden, ob die Gewalt zur Ergreifung oder nur zur Sicherung des Entwendeten diente.

---

1) Vgl. auch Held und Siebdrat, das K. Sächs. Crim. Gesetzbuch. S. 322.

2) Vgl. hier v. Bothmer, Erörterungen ꝛc. Bd. III. S. 91 f.

Digitized by Google

Nur als einen besonders ausgezeichneten Diebstahl behandeln die Gesetzbücher von Württemberg (Art. 325), Oestreich (§. 174), Braunschweig (§. 214), Sachsen v. J. 1855 (Art. 260), Bayern v. J. 1861 (Art. 274) den Fall, wenn der Dieb Gewalt zur Sicherung des Entwendeten verübt. (Das Gesetzbuch von Württemberg spricht dabei lediglich von „Waffen.“)

Ist die Gewalt nur zur Sicherung der Person angewendet worden, so liegt Concurrenz von Diebstahl mit Gewalt (Körperverletzung ꝛc.) oder Wiedersetzung ꝛc. vor.[1])

Das Gesetzbuch von Hessen will den bewaffneten Dieb, welcher von den mitgebrachten Waffen Gebrauch macht, um die entwendeten Sachen in Sicherheit zu bringen, nach Art. 345 als Räuber, dagegen den Dieb, welcher erst ergriffene Waffen oder die Diebstahlswerkzeuge gegen die Personen gebraucht hat, welche die Hinwegbringung der entwendeten Sachen verhindern wollen, in Art. 366 nur wegen ausgezeichneten Diebstahls bestraft wissen. Es läßt sich dieser Unterschied nur rechtfertigen, wenn man in dem Mitbringen der Waffen zugleich eine eventuelle räuberische Absicht findet. Hiermit wird jedoch eine, überdies sehr unsichere praesumtio doli etablirt.

Ebenso eigenthümlich war der Unterschied, welchen das Gesetzbuch von Bayern (v. J. 1813) in Art. 235 aufstellte, indem es den bewaffneten Dieb, welcher der Waffen (ohne weiteren Unterschied) zur Schreckung oder Mißhandlung wirklich sich bedient hat, ebenso den, welcher Gewalt zur Sicherung des entwendeten Gutes angewendet hatte, als Räuber bestraft, bei demjenigen Diebe aber, welcher vorher absichtlich mit Waffen nicht versehen war und auf der That ertappt, sich blos zur Sicherung seiner Person vertheidigt, auf die Gesetze wider Körperverletzung oder Tödtung verweist.

Die Gewalt zur Sicherung des Entwendeten nähert sich dem Begriffe des Raubes, kann aber den bereits vollendeten Dieb-

---

1) Vgl. auch z. B. Gesetzbuch von Hannover Art. 323 und von Sachsen (1855) Art. 142, 143 in Verb. mit K. Sächs. Straf.P.O. Art. 80. Bothmer, a. a. O. S. 96 f. (insbes. im Falle einer Tödtung)

Digitized by Google

ſtahl nicht in dieſes Verbrechen nachträglich umwandeln. Die Gewalt iſt hier nicht das Mittel zur Aneignung, ſondern nur zur Sicherung der bereits angeeigneten Sache. Ob die Gewalt mit Waffen, insbeſondere mit mitgebrachten, oder ohne Waffen verübt worden, iſt hierbei gleichgiltig.

Wird die Gewalt, während die Entwendung noch nicht vollbracht war, zur Vollendung derſelben angewendet, ſo geht die Entwendung in das Verbrechen des Raubes über. Hatte der Dieb die Sache weggeworfen und hierauf Gewalt angewendet, um ſich ihrer wieder zu bemächtigen, ſo iſt eine anderweite Beſitzergreifung (nicht Erhaltung) in Frage, welche durch das Mittel der Gewalt ebenfalls den Charakter des Raubs annimmt.[1])

Es iſt gleichgiltig, ob die Perſon, welche den Dieb betrifft und ertappt, der Beſtohlene ſelbſt oder ein Dritter iſt. Was das römiſche Recht über die deprehensio bei dem fur manifestus beſtimmt, gilt auch hier.[2]) Die Gründe der geſetzlichen Auszeichnung finden auch auf den Dritten und die ihm vom Diebe angethane Gewalt Anwendung.[3]) Die neuen Geſetze enthalten ebenfalls keine Beſchränkung.

§. 13.

Ueber den Zweck des Gebrauchs der Gewalt und den rechtlichen Charakter desſelben. — Raub. — Bewaffneter Raub.

Es wird die Frage, zu welchem Zwecke die Gewalt angewendet worden, oft ſchwer zu beantworten ſein; — namentlich in den Fällen, wo die Gewalt nicht unmittelbar auf die bedrohte Fortſchaffung und Sicherung des Entwendeten gerichtet war.[4])

---

1) Herbſt, a. a. O. S. 341.

2) fr. 3. §. 1. de furtis. „Et parvi refert, a quo deprehendatur, utrum ab eo, cujus res fuit, an ab alio.“ Ebenſo fr. 7. §. 3. eod. u. §. 3. J. de oblig. quae ex del. nasc.

3) Vgl. hier Abegg, im N. Archive d. Crim. R. Bd. XIV. S. 440.

4) Wird die Gewalt, noch ehe eine Sache vom Diebe ergriffen war, von dem fliehenden Diebe angewendet, ſo iſt ſie nur zur Deckung der

Digitized by Google

So in den Fällen, wo der Dieb die entwendete Sache zu sich gesteckt hatte und er, bei der Abwehr gegen den Angriff des Bestohlenen ꝛc., sich nicht in der Lage befand, der Sache sich schnell zu entäußern und seine Person durch die Flucht zu sichern. Auch ist wohl möglich, daß der Angriff so rasch erfolgt, daß der Dieb nicht sogleich zum Bewußtsein gekommen ist, um sich durch die Wegwerfung ꝛc. der Sache seiner Verfolgung zu entziehen. Es wird hier viel auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen.[1])

Deshalb allein, weil mit der Sicherung der Person, nach Befinden, der Dieb auch die Sache, welche er bereits beigesteckt hatte, sich sichert, kann noch nicht behauptet werden, daß die Sicherung der Sache *mit bezweckt* gewesen sei. Ohne solche Absicht kann nur der geringere Reat angenommen werden. Doch wird auch die indirecte Absicht genügen.

„Gebrauch der Waffen." In der K. Sächs. Spruchpraxis ist über die Bedeutung dieser Worte Streit entstanden. Gehört hierher nur der Gebrauch, zu dem die Waffe ordnungsmäßig bestimmt und welcher zur Hervorbringung der regelmäßigen Wirkung derselben erforderlich ist? z. B. bei einem Schießgewehre das Abfeuern. Oder reicht z. B. bei dem letzteren das Anschlagen mit dem Gewehre hin? Die Praxis neigt sich der strengeren Ansicht zu, indem sie das Wort „Gebrauch" in dem gewöhnlichen und allgemeinen Sinne desselben auffaßt.[2])

In den übrigen Gesetzgebungen tritt dieser Zweifel nicht ein. So hat z. B. das Hessische Gesetzbuch ebenfalls das Wort „gebraucht," aber mit dem Beisatze „zur Schreckung oder Mißhandlung der Personen;" hier reicht daher jeder Gebrauch, welcher einen dieser beiden Zwecke verfolgt, zur Anwendung des Gesetzes hin. Gewalt gegen Sachen, z. B. um den Ausgang zur Flucht

---

Flucht verübt. Vgl. noch den in d. N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht Bd. III. S. 352 f. aus der Bayer. Spruchpraxis referirten Fall.

1) Vgl. den Fall in der Oesterr. Ger. Z. Jahrg. 1858. S. 258 f. wo jedoch die Annahme, daß die Gewalt zur Sicherung des Entwendeten gedient habe, erheblichen Bedenken unterliegt.

2) Vgl. auch v. Egidy, Diebstahl ꝛc. S. 157 f.

Digitized by Google

zu gewinnen, gehört keinenfalls hierher. In gleicher Maße sprechen die Gesetze von „Gewalt gegen Personen."

Wir meinen, daß hier überhaupt jede Gewalt (gleichviel ob mit oder ohne Waffen) gegen den Bestohlenen hinreicht.[1]) Es ist hier auf die Voraussetzungen des bewaffneten Diebstahls nicht zurückzugehen. Die „Gewalt" kann sich auch dem einfachen Diebstahle anschließen; sie kann insbesondere mit den lediglich zur Ausführung des Diebstahls mitgebrachten, sowie mit den zufällig im Besitze des Diebes befindlichen Werkzeugen verübt werden. Sie setzt aber überhaupt weder Waffen noch irgend welche Werkzeuge voraus; sie kann durch die Faust und durch den Stoß mit dem Fuße eben sowohl verübt werden, als sie auch in Drohungen bestehen kann, welche ebenfalls mit und ohne Waffen und Werkzeuge ausgesprochen werden können. Ueberhaupt also gehört hierher jede Anwendung von Gewalt, sei sie physischer oder psychologischer Natur. Das Anschlagen mit dem ungeladenen Feuergewehre ist eine Bedrohung. Denn sie setzt den Andern in die gerechte Furcht, daß das Gewehr geladen und der Dieb im Begriffe sei, es abzuschießen. Es entscheidet hier nicht der objective Standpunkt der wirklichen Gefährdung, sondern des Zwanges, welcher dem Willen des Andern angethan wird; dieser besteht auch in Drohungen, bei denen die, durch die Umstände gerechtfertigte, wenngleich vielleicht irrthümliche Auffassung des Bedrohten entscheidet. Es kommt daher, wenn mit einem Werkzeuge Gewalt gegen Personen verübt wird, auf die Art des Gebrauchs desselben nichts an.[2])

An diese Ausführung knüpft sich die Frage, wie derjenige Fall zu behandeln sei, wo der Dieb sich bewaffnet, in der Absicht, eventuell sich zur Wehre zu setzen, gleichzeitig aber auch mit dem Gedanken sich befaßt, eventuell zur Sicherung des Entwendeten Gewalt anzuwenden. Die Intention des Diebes ist letztern Falls nur eine eventuelle, trägt aber entschieden den Charakter der räu-

1) Vgl. auch z. B. Gesetzbuch v. Bayern Art. 274. Oesterreich §. 174.

2) Vgl. auch die Entscheidung des O. A. G. zu München in der Zeitschrift f. Gesetzg. ꝛc. in Bayern Bd. I. S. 214 f.

Digitized by Google

beriſchen Abſicht an ſich. Die Bewaffnung dient hier eventuell zwei Abſichten, die überdies nicht miteinander collidiren. Der Fall kann ſich eigenthümlich geſtalten. Wird der Dieb bei der Ausführung des Diebſtahls in keiner Weiſe geſtört, ſo liegt ein bewaffneter Diebſtahl vor; — die eventuelle räuberiſche Abſicht tritt nicht in die äußere Erſcheinung und gelangt daher nicht weiter in Betracht. Die Ausführung des Raubes iſt nicht begonnen worden. Gehen wir einen Schritt weiter. Der Dieb wird betroffen und widerſetzt ſich ſeiner Feſtnehmung; eine Sache hatte er noch nicht ergriffen. Hier tritt zu dem bewaffneten Diebſtahle die Gewalt zur Sicherung der Perſon. Auch hier iſt die eventuelle räuberiſche Abſicht nicht zur That geworden. Nehmen wir dagegen den Fall, daß der betroffene Dieb Gewalt zur Sicherung des Entwendeten anwendet. Hier tritt die Realiſirung der eventuellen Abſicht und mit ihr der Thatbeſtand des Raubes ein. Der vollendete Diebſtahl geht in das Verbrechen des Raubes über. Allerdings iſt der Diebſtahl vollendet. Allein die Continuität der Handlungen des Diebes iſt keine blos äußerliche, ſie iſt auch eine ſubjective. Die ganze Reihenfolge ſeiner Thätigkeiten wird von demſelben dolus beherrſcht, welcher erſt in der letzten Thätigkeit, in dem letzten Acte ſeine volle Befriedigung und Erledigung findet. Der eventuelle dolus verbindet die Gewalt mit dem Diebſtahlsacte zu einem Ganzen; letzterer iſt ebenſo wie die Gewalt dadurch nur ein Theil dieſes Ganzen geworden. Der eventuelle dolus trat früher nicht mit in die Erſcheinung; aber er begleitete deſſenungeachtet die Handlung. Die eventuelle Abſicht wird nunmehr realiſirt, aber ſie war ſchon beim Beginne der Handlung vorhanden. Die erfolgte Anſichnahme der Sache erhält nunmehr einen härteren, jedoch ſchon vorher mit in der Abſicht begriffen geweſenen Charakter.

Die Charakteriſirung der That als Raub iſt daher hier abhängig davon, daß die Gewalt überhaupt (eventuell) beabſichtigt war. Diejenigen Geſetzgebungen, welche die mit Gewalt ausgeführte Fortſchaffung des Entwendeten als Diebſtahl beſtrafen,[1])

1) Vgl. z. B. Geſetzb. v. Bayern Art. 274. Württemberg Art. 325.

Digitized by Google

ſtehen der hier vorgetragenen Anſicht nicht entgegen, weil ſie bei dieſer Beſtimmung davon ausgehen, daß der Thäter lediglich und ausſchließlich in diebiſcher Abſicht gehandelt und die Gewaltanwendung zur Sicherung des Entwendeten nicht gleich anfangs in ſeiner, wenngleich eventuellen Abſicht mitgelegen habe. Dagegen gehen diejenigen Geſetzgebungen zu weit, welche den Dieb, welcher die Fortſchaffung des Entwendeten durch Gewalt bewirkt,[1]) auch ohne ſolche eventuelle Abſicht als Räuber beſtrafen. Selbſt die Gleichſtellung mit den Strafen des Raubes iſt deshalb nicht zu billigen, weil die, wenngleich eventuelle räuberiſche Abſicht und mit ihr ein ſehr erſchwerendes Moment fehlt. Dagegen ſagt z. B. das Geſetzbuch von Hannover Art. 324: „Wer auf einen bloßen Diebſtahl ausgegangen iſt und erſt bei vorgefundenem Widerſtande ꝛc. Gewalt angewendet hat, iſt gleich einem Räuber zu beſtrafen."

Es kann die Frage aufgeworfen werden: Iſt der Dieb, welcher nunmehr als Räuber beſtraft wird, deshalb, weil er bewaffnet auf den Diebſtahl ausgegangen iſt, als bewaffneter Räuber zu beſtrafen? Die meiſten Geſetze haben den Raub mit Waffen qualificirt.[2])

Mehrere Geſetze verlangen, daß der Räuber ſich behufs der Verübung des Raubes mit Waffen verſehen hat.[3]) Es geſchieht dies ſelbſt Seiten ſolcher Geſetzgebungen, welche die eventuelle Abſicht des Widerſtands zum Thatbeſtande des bewaffneten Diebſtahls nicht verlangen.[4]) Die Mitnahme der Waffen iſt hier eine Vorbereitung zum Raube, daher eine weſentliche Erſchwerung der Schuld, wie auch Vorausſetzung der höheren Strafe. Sie kann nicht nachträglich durch den Gebrauch der Waffe und noch viel weniger durch die Thatſache der Führung von Waffen erſetzt werden.

1) S. oben. S. 161.

2) Geſetzb. v. Sachſen Art. 177. Württemberg Art. 312. Hannover Art. 326 f. Braunſchweig §. 175. Baden §. 414. Großh. Heſſen Art. 347. Preußen §. 232. Bayern Art. 301.

3) K. Sachſen. Großh. Heſſen. Bayern.

4) Vgl. z. B. Geſetzbuch v. Sachſen Art. 177.

Digitized by Google

Andere Gesetzgebungen qualificiren einfach den „bewaffneten Raub," sonach die Waffenführung bei dem Raube. Nach diesen Gesetzgebungen ist der bewaffnete Dieb, welcher mit Gewalt das Entwendete sich sichern will, als bewaffneter Räuber zu bestrafen. Denn bei dem als Raub bezeichneten Acte — der Gewaltanwendung — ist der Thäter bewaffnet. Auch hier entscheidet lediglich der Gesichtspunkt der höheren Gefahr für den bedrohten Eigenthümer.

§. 14.

Complott.

In mehreren Gesetzen[1]) wird der Fall hervorgehoben, wenn nur einer der Theilnehmer, — nicht alle Theilnehmer — mit Waffen sich versehen hatten. Es sollen auch die unbewaffneten Theilnehmer mit den Strafen des bewaffneten Diebstahls belegt werden. Diese Bestimmung ist überflüssig, sobald man sie auf den Fall beschränkt, daß die unbewaffneten Theilnehmer von der Bewaffnung der Genossen Kenntniß gehabt haben,[2]) — sie ist aber ungerecht, wenn diese Wissenschaft nicht als Requisit angesehen wird. Die Wissenschaft muß sich auch, wenn die eventuelle Absicht des Bewaffneten ꝛc. vorausgesetzt wird, auf diese erstrecken, — außerdem aber wenigstens in den besonderen Fällen, wo die (an sich zum Thatbestande zureichende) Waffenführung als an sich unverfänglich sich darstellt. Selbstverständlich ist es, daß es ohne Einfluß ist, ob einer der Diebe selbst oder einer der (bei der That gegenwärtigen) Gehilfen bewaffnet gewesen.[3])

Dies gilt auch von dem Falle, wenn der Complice, der vor dem Hause Wache gestanden, bewaffnet gewesen, die übrigen Complicen, welche in das Haus gegangen und daselbst gestohlen

---

1) S. B. K. Preuß. Gesetzbuch §. 218 in Verb. mit Abänderungsgesetze v. 14. April 1856.

2) Vgl. auch Berner, a. a. O. S. 291. Salchow, a. a. O. §. 46.

3) Dies spricht das Preuß. Abänder. Gesetz ausdrücklich aus.

Digitized by Google

haben, nicht bewaffnet gewesen. — Die Carolina sagt zwar „— eingeht —". Allein der Thatbestand des bewaffneten Diebstahls ist auch hier anzunehmen.[1])

Fünfter Abschnitt.

Diebstahl bei Nacht mit Einschleichen.

§. 1.

Die neuen Gesetzbücher.

Schon die deutschen Volksrechte haben vielfach den Diebstahl bei Nacht mit erhöhter Strafe ausgezeichnet und selbst für einen Capitalfall erklärt. Diese Anschauung findet sich auch wiederholt in den Rechten des Mittelalters vor.[2]) Ebenso ist in einer Mehrzahl der neuen Gesetzbücher der Diebstahl im bewohnten Gebäude zur Nachtzeit mit erhöhter Strafe bedroht worden. Der Grund dieser Auszeichnung liegt hier weniger in der Verwegenheit des Diebes, als in der Gefahr, welcher die Bestohlenen dadurch ausgesetzt sind, daß sie im Falle des Erwachens und des Zusammentreffens mit dem Diebe nicht so schnell sich Hilfe gegen den Dieb verschaffen können, als am Tage, wohl auch der Dieb deshalb zu einem Angriffe auf die Bestohlenen sich verleiten läßt. Die Unmöglichkeit für die Bestohlenen, ihr Eigenthum während der nächtlichen Ruhe ebenso wie am Tage zu schützen, tritt dabei mehr in den Hintergrund. Das Stehlen bei Nacht wird häufig mit Einbruch oder Einsteigen verbunden und daher schon aus diesem Grunde qualificirt sein. Wo diese Qualification aber nicht eintritt, da wird es wohl der obige Gesichtspunkt sein, durch welchen die erhöhte Strafe des nächtlichen Diebstahls gerechtfertigt ist.

---

1) Vgl. bereits Kress, ad C. C. C. 159. §. 8. Meckbach, ad eund. art. (S. 319.)

2) Köstlin, in d. Krit. Ueberschau ꝛc. Bd. III. S. 186 f. u. d. daf. gelieferten Belegstellen.

Digitized by Google

Einige Gesetzgebungen, z. B. die K. Preußische,[1]) bestimmen einfach: „wenn der Diebstahl in einem bewohnten Gebäude zur Nachtzeit begangen worden.“ Die Berechtigung zum Aufenthalte im Hause schließt die Qualification nicht aus; — ebenso ist der Grund, sowie die Zeit des Eintritts in das Haus gleichgiltig.[2])

Andere Gesetzgebungen verlangen dagegen allerdings zur Qualification ein Mehreres, als die Entwendung zur Nachtzeit:

Das Gesetzbuch von Württemberg Art. 323 sagt „um zur Nachtzeit zu stehlen, in bewohnte Gebäude eingeschlichen ist.“ Das Gesetzbuch von Hessen Art. 364 „sich in der Absicht zu stehlen, in einer fremden Wohnung verborgen und darin zur Nachtzeit gestohlen hat.“[3])

Das Braunschw. Gesetzbuch macht in §. 214. 3. §. 215, 218 verschiedene Unterschiede, spricht aber in allen Fällen von einem „Eindringen in eine Wohnung, um (zur Nachtzeit) zu stehlen“ und definirt das „Eindringen“ als das „nicht nur gewaltsame Einbrechen oder Einsteigen, sondern auch das Eingehen in dieselben durch von dem Berechtigten nicht gestattete Eröffnung der Fenster oder Thüren oder durch Einschleichen oder verheimlichtes Zurückbleiben in denselben, um zu stehlen.“ Das Gesetzbuch von Baden §. 385 erachtet es als Erschwerungsgrund, wenn der Dieb zur Verübung der That zur Nachtzeit in ein fremdes bewohntes Gebäude oder den dazu gehörigen geschlossenen Hofraum eingeschlichen oder eingedrungen ist, oder wenn sich der Dieb zur Verübung eines nächtlichen Diebstahls in einem fremden bewohnten Gebäude oder dem dazu gehörigen geschlossenen Hofraume verborgen hatte.“ — Das K. Sächs. Crim. Gesetzbuch v. J. 1838 qualificirte den Fall, „wenn der Dieb, um zur Nachtzeit zu stehlen, sich in bewohnte Gebäude

1) Das Gesetzbuch stellt den nächtlichen Diebstahl unter die qualificirten, — die Novelle v. 1856 nur unter die erschwerten Diebstähle.

2) Goltdammer, Archiv Bd. I. S. 399.

3) Es gilt dies jedoch nur als Erschwerungsgrund.

Digitized by Google

eingeſchlichen hatte.“ Die Praxis ſchwankte bei der Auslegung.[1]) In dem Geſetzbuche von Altenburg findet ſich dieſelbe Ausdrucksweiſe. Der Entwurf von Bremen §. 399 Nr. 6. „wenn der Diebſtahl bei nächtlicher Weile in einem bewohnten Gebäude begangen iſt, in welches der Dieb ſich in diebiſcher Abſicht eingeſchlichen, oder in welchem er in gleicher Abſicht ſich verborgen hatte.“ [2])

Dieſe Geſetzgebungen laſſen die Frage unentſchieden, zu welcher Zeit der Dieb in das Haus eingedrungen ſein müſſe, um den Diebſtahl als qualificirt zu betrachten. Es gewinnt zwar den Anſchein, als ob die gebrauchten Worte „Einſchleichen“ „verheimlichtes Zurückbleiben“ und „zur Verübung eines nächtlichen Diebſtahls verborgen“ ein Eintreten in das Haus bei Tagezeit erforderten, da man ein Einſchleichen bei Nacht, wenn die Bewohner der nächtlichen Ruhe ſich hingegeben haben, ein „Einſchleichen“ ebenſowenig als ein „Verborgenhalten“ ꝛc. füglich nicht annehmen kann. Denn das Einſchleichen iſt das heimliche Suchen eines Verſteckes im Innern, um die Zeit zur Verübung des Diebſtahls abzuwarten. Allein neben dieſen Worten kommen noch Bezeichnungen vor, welche auch auf ein Eintreten bei Nacht ſich beziehen laſſen. Es iſt hiernach nicht jeder nächtliche Diebſtahl qualificirt, ſondern nur ein ſolcher, welcher mit einem „Einſchleichen“ ꝛc. verbunden iſt. In dieſer Beziehung iſt die Praxis in Württemberg belehrend.

Man hat nämlich in Württemberg zwar ein Einſchleichen auch bei Nacht angenommen, jedoch ſolchenfalls die Auszeichnung dann nicht ſtatuirt, wenn der Dieb ſofort nach ſeinem Eintritte in das Haus, ohne erſt auf eine Gelegenheit zu lauern, den Diebſtahl verübt hat; — ebenſo nicht, wenn der Dieb zur Nachtzeit einſchleicht, um bei Tage zu ſtehlen. Man hat als charakteriſtiſch ein Einſchleichen zum Erlauern der Gelegenheit, um

---

1) N. Jahrb. f. Sächſ. Strafrecht Bd. II. S. 243. 363. IV. S. 208. VIII. S. 232.

2) In den Motiven S. 238 wird es als gleichgiltig bezeichnet, zu welcher Zeit (bei Tage oder Nacht) das Einſchleichen erfolgt ſei.

Digitized by Google

während der Nacht zu stehlen, erfordert.[1]) Ebenso hat sich die Praxis in Altenburg ausgesprochen.[2])

Man wird eine gleiche Auslegung bei denjenigen Gesetzen anzunehmen haben, welche von „Verbergen und Stehlen" als zwei verschiedenen Handlungen sprechen. Ja selbst bei den übrigen Gesetzgebungen, die nicht einfach den Diebstahl bei Nacht in einem Wohngebäude qualificiren, wird diese Auslegung zu billigen sein, da ohne sie, wie gedacht, es genügt haben würde, so wie in dem Gesetzbuche für Preußen, den nächtlichen Diebstahl überhaupt auszuzeichnen.[3]) Der Unterschied in der Gefährlichkeit des Diebes, je nachdem man diese oder jene Auslegung adoptirt, ist ebenfalls nicht zu verkennen.

Eine dritte Gruppe von Gesetzen erfordert das Einschleichen bei Tage mit nachfolgendem nächtlichen Diebstahle. Hier ist zuerst die K. Bayer. Novelle v. 25. März 1816. §. II. 10 zu nennen, „welche als erschwerten Diebstahl bezeichnet, wenn der Dieb in diebischer Absicht sich in eine fremde Wohnung eingeschlichen und daselbst zur Nachtzeit den Diebstahl verübt hat." In einem Rescripte vom 14. Mai 1816 wird Folgendes hierzu ausgeführt: „Der besonders erschwerende Umstand des Einschleichens ist auf den Fall beschränkt, wenn der Dieb sich vorher in diebischer Absicht in eine fremde Wohnung eingeschlichen und nachher den Diebstahl zur Nachtzeit verübt hat. Verübt er den Diebstahl so, daß er sich zur Nachtzeit in eine fremde Wohnung eingeschlichen und dabei sogleich den Diebstahl verübt, so ist der Diebstahl ohne besonders erschwerenden Umstand strafbar, indem derjenige, der sich in eine offen stehende Wohnung einschleicht, dadurch allein die häusliche Sicherheit auf keine besonders erschwerende Art verletzt, und der Bewohner, welcher seine Wohnung zur Nachtzeit so wenig verwahrt, daß ein Anderer in dieselbe einschleichen kann, eine Fahrlässigkeit begeht, welche den Begriff besonderer Erschwerung aufhebt."

1) Hufnagel, Commentar Bd. II. S. 346 f.

2) Haase, in den Blättern für Rechtspfl. in Thüringen, Bd. IV. S. 342 f.

3) Anderer Meinung ist Häberlin, a. a. O. S. 90.

Digitized by Google

Das Gesetzbuch von Thüringen Art 221 und das K. Sächs. Strafgesetzbuch v. J. 1855 adoptirten diesen Gedanken. Das Letztere qualificirt in Art. 278 den Diebstahl, „wenn der Dieb, um in einem bewohnten Gebäude nach eingetretener Nachtruhe zu stehlen, vor dem Eintritte der letzteren in das Gebäude ꝛc. eingeschlichen ist oder sich hat einschließen lassen.“ Das K. Hannöv. Gesetz v. 20. April 1857[1]) qualificirt in §. 6, „wenn der Dieb zur Nachtzeit in einem, zur Wohnung oder zum nächtlichen Aufenthalte von Menschen dienenden Gebäude stiehlt, nachdem er in diebischer Absicht entweder vor dem Eintritte der Nachtzeit in das Gebäude sich eingeschlichen hat oder in demselben heimlicherweise zurückgeblieben ist.“ Das Gesetzbuch von Bayern erwähnt die Qualification in Art. 274. 1. nur bei dem Diebstahle in Kirchen ꝛc., „wenn der Thäter sich vorher in diebischer Absicht daselbst eingeschlichen oder verborgen hatte.“

§. 2.

Begriff der Nachtzeit.

Was ist Nachtzeit? Jedenfalls ist hier die Zeit der nächtlichen Ruhe, der nächtlichen Schlafzeit der Hausbewohner zu verstehen.[2]) Wie wird dieselbe bestimmt? Es ist darüber viel Streit in praxi gewesen; so z. B. im K. Sachsen. Das O. A. G. zu Dresden hatte die Grenzen der Nachtzeit nach den äußeren Zeichen der nächtlichen Ruhe, nämlich nach dem Auftreten und dem Abtreten des Wächters, wie es in jedem einzelnen Orte hergebracht ist, bestimmt und hierüber für die Fälle, wo an einem gegebenen Orte etwas Anders nicht bekannt war, den Beginn der Nachtzeit auf Abends 10 Uhr, das Ende derselben aber nach den

1) Ueber das Hannov. Gesetzbuch 292, woselbst schon derselbe Gedanke maßgebend war, vgl. v. Bothmer, Erörterungen ꝛc. Thl. I. S. 118 f. Thl. II. S. 307 f.

2) Wie in den altdeutschen Rechtsquellen bisweilen gesagt wird: „bei nachtschlafender Zeit.“ Vgl. auch Osenbrüggen, d. Brandstiftung ꝛc. S. 59.

Digitized by Google

verschiedenen Jahreszeiten verschieden festgesetzt. Diese Festsetzung wurde mit einer Modification in die Gesetzbücher Thüringens,[1]) jedoch nicht in das Strafgesetzbuch von Sachsen a. d. J. 1855 aufgenommen. Auch in Preußen hat der Begriff „Nachtzeit" verschiedene Auslegungen erfahren. Das Obertribunal zu Berlin hat das Präjudiz festgestellt:[2]) Ob eine bestimmte Stunde als Nachtzeit zu betrachten sei, hängt nicht von den zufälligen Umständen des einzelnen Falles und von speciellen Lebensgewohnheiten der Bewohner des Hauses ab, in welchem der Diebstahl begangen worden, sondern ist nach der Jahreszeit und nach den Gewohnheiten des Ortes und der Gegend zu prüfen und festzustellen. Wiederholt hat derselbe Gerichtshof ferner ausgesprochen, daß auf die Bestimmung höchstens noch solche concrete Umstände von Einfluß sein können, welche nach einer allgemeinen örtlichen Gewöhnung oder Einrichtung die Annahme der Nachtzeit begründen oder ausschließen.[3])

Mit diesen Regeln können wir uns nicht einverstanden erklären. Die bestimmte, gleichmäßige Norm ist allerdings von praktischem Nutzen; sie beseitigt die Schwierigkeiten der Feststellung im einzelnen Falle. Allein sie führt auch zu Ungerechtigkeiten, weil sie die Individualität des einzelnen Falles nicht berücksichtigt, und zu Entscheidungen, die mit der Sachlage im directesten Widerspruche stehen.

Der Schutz der nächtlichen Ruhe in Verbindung mit der Gefährdung der schlafenden Hausbewohner für den Fall des Erwachens, — diese Momente verlangen eine entscheidende Berücksichtigung bei der Beurtheilung des einzelnen Falles.

Wir geben hier drei Fälle aus der Praxis: Bei einem, weit über die zehnte Abendstunde hinausgehenden Souper wurde

---

1) Vgl. auch Egidy, Diebstahl S. 126 f.

2) Goltdammer, Archiv ꝛc. Bd. III. S. 569. In §. 28 des Strafgesetzbuches wird gelegentlich einer Bestimmung über die Polizeiaufsicht der Anfang und das Ende der Nachtzeit nach Verschiedenheit der Monate festgesetzt.

3) Goltdammer, Archiv Bd. III. S. 841 f.

Digitized by Google

von einem Bedienten aus der Tasche eines, in der Garderobe aufgehängten Rockes eine Dose gestohlen. In den benachbarten Häusern war vollständige Nachtruhe; der Wächter hatte längst die Mitternacht verkündet; in dem Hause, woselbst das Souper, herrschte reges Leben; auch in der Garderobe waren fortdauernd Menschen zugegen gewesen. — In einem Schenklokale hatte Abends nach zehn Uhr ein Gast den Ueberrock des andern Gastes angezogen und entwendet. — Bei einem vielbeschäftigten Professionisten wurde von den Gesellen die Nacht gearbeitet; — einer der Gesellen stahl in der Arbeitsstube seinem Meister einen Gegenstand.

Der Diebstahl war in diesen drei Fällen zur Nachtzeit ausgeführt; aber auf keinen paßt das Motiv der Auszeichnung. Es würde wohl billiges Erstaunen erregt haben, wenn man hier von einem ausgezeichneten Diebstahle deshalb sprechen wollte, weil er in einer Nachtstunde ausgeführt worden. Der Gesetzgeber hat den Begriff „Nachtzeit" als gleichbedeutend mit „nächtlicher Ruhe" gebraucht, wozu er, da beides in der Regel zusammentrifft, sprachlich wohl befugt war. Die Nacht ist zur Ruhe bestimmt. Wenn aber im einzelnen Falle sie nicht hierzu verwendet wird, kann auch die, auf solche gestützte Qualification nicht eintreten. In den obigen Fällen ist kein Moment ersichtlich, durch welches die Qualification begründet wurde. Insbesondere läßt sich nicht behaupten, daß die Aufsicht über das Eigenthum erschwert oder aber die Verübung des Diebstahls durch die Nachtzeit erleichtert worden sei.[1]) Eine höhere Gefahr für das Eigenthum war in keinem dieser Fälle vorhanden.

Es wird die allgemeine Bestimmung über den Begriff „Nacht" „Nachtzeit" in den Fällen nützlich sein, wo der Diebstahl in der, unter diese Bestimmung fallenden Zeit verübt worden, der Dieb sich aber darauf nicht beziehen kann, daß zu dieser Zeit in dem Hause die nächtliche Ruhe noch nicht eingetreten gewesen sei.

---

1) Vgl. diese Motiven in einer Entscheidung des Obertribunals zu Berlin, in Goltdammer's Archive Bd. III. S. 841. Dessenungeachtet nahm dieser Gerichtshof in einem, dem dritten der obigen Fälle ähnlichen Falle qualificirten Diebstahl an.

Digitized by Google

Hat der Dieb davon Kenntniß, daß die nächtliche Ruhe noch nicht eingetreten, als er den Diebstahl verübte, so ist auch seine subjective Verschuldung nicht eine solche, durch welche die Qualification erfüllt wurde.

Aus gleichem Grunde wird andererseits dagegen ein nächtlicher Diebstahl anzunehmen sein, wenn in einem Hause die Nachtruhe ausnahmsweise schon vor dem Beginne der im Allgemeinen, wie oben gedacht, normirten Nachtzeit eingetreten ist, dies dem Diebe bekannt gewesen und er nunmehr den Diebstahl im Hause verübt hat. In diesem Falle würde nach den obigen Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin ein nächtlicher Diebstahl nicht angenommen werden. Allein mit Unrecht. Denn das objective Moment der Nachtruhe und die Kenntniß des Diebes von derselben sind vorhanden; durch ihr Zusammentreffen wird in jeder Beziehung die Qualification und deren Motiv gedeckt.

Es ist uns wiederholt in praxi der Fall vorgekommen, daß der Dieb mit Ausführung des Diebstahls so lange gewartet hat, bis er gesehen, daß alle Lichter im Hause erloschen sind, die Hausthüre verschlossen worden ꝛc. In einzelnen Fällen war den Dieben die hergebrachte Ordnung des Hauses bekannt; sie wußten, daß mit dem Erlöschen des Lichtes in einem bestimmten Zimmer auch der letzte Bewohner des Hauses schlafen gegangen sei. In einem Falle hatte der Dieb abgewartet, daß der Hausherr das Haus verlassen; der Dieb wußte, daß der Hausherr allabendlich nach dem Abendessen zum Biere ging, die übrigen Familienmitglieder aber zur Nachtruhe sich begaben. In allen diesen Fällen war die zehnte Abendstunde noch nicht abgelaufen.

Das Ober-Apell.-Gericht zu Dresden hat in den zuletzt referirten Fällen einen zur Nachtzeit verübten Diebstahl angenommen. Es hat dabei wiederholt ausgesprochen, daß, wenn auch im Zweifel das äußere Zeichen des Auf- und Abtretens des Wächters entscheide, doch des Diebes Kenntniß von einer früheren oder späteren Zeit der nächtlichen Ruhe im einzelnen Falle nicht unberücksichtigt bleiben könne. [1])

1) N. Jahrb. f. Sächs. Strafrecht Bd. IV. S. 494. Bd. VII. S. 466. Bd. IX. S. 346.

Digitized by Google

Es kann hiernach kommen, daß in einem Hause desselben Ortes die Nachtruhe eingetreten, in einem andern aber nicht. Allein diese Verschiedenheit ist kein Hinderniß,[1]) den Fall so zu behandeln und zu beurtheilen, wie es die Individualität desselben verlangt; wohl aber ist die Uniformität ein Hinderniß, das Gesetz so anzuwenden, wie es der Zweck desselben und die Gerechtigkeit erheischt.

Allerdings können hier sehr spitzige Fragen vorkommen; z. B. nach den verschiedenen Etagen desselben Hauses. Allein es wird Sache des Ermessens im einzelnen Falle sein, festzustellen, ob die Nachtruhe eingetreten gewesen oder nicht; im Zweifel wird die allgemeine Bestimmung Platz ergreifen. Meistentheils wird es, wo nicht besondere locale Verhältnisse und Einrichtungen des Hauses den Ausschlag für die entgegengesetzte Meinung geben, bedenklich sein, in demselben Hause eine Verschiedenheit der Nachtruhe dann anzunehmen, wenn nur in derjenigen Etage, in welcher gestohlen worden, die Bewohner zur Nachtruhe sich begeben haben. Dies letztere muß, gegenüber der Intention des Gesetzes, genügen, wie auch in dieser Thatsache die Voraussetzung des Gesetzes sich erfüllt. Nehmen wir dagegen z. B. den Fall, daß in der einen Etage eine Abendgesellschaft sich befindet, wo einer der Diener bei dem Serviren eine silberne Gabel entwendet, während die Bewohner der übrigen Etagen sich bereits zur Nachtruhe begeben haben. Wir würden hier einen ausgezeichneten Diebstahl nicht annehmen. Hätte dagegen der Dieb in einer dieser letztgedachten Etagen gestohlen, so würden wir ihn nicht mit der Einwendung hören, daß in einer andern Etage noch volles Leben gewesen sei.

---

1) S. aber d. obigen Präjudize des Obertribunals zu Berlin. Vgl. auch Heuser, Sammlung d. Entsch. d. O. A. G. zu Cassel. Bd. IV. S. 219.

Digitized by Google

§. 3.

Die Verbindung des Einschleichens und des Stehlens.

Die Mehrheit der deutschen Gesetzgebungen verlangt, daß das Eingehen und das Stehlen nicht in unmittelbarer Aufeinanderfolge zu einander stehen. Nicht jedes heimliche Eingehen soll genügen, sondern nur ein solches, durch welches der Diebstahl vorbereitet wird. Das heimliche Eingehen kommt ohnedem bei den meisten Diebstählen vor; — bei Diebstählen in der Nacht wird es wenigstens ein unbemerktes sein. Das Einschleichen soll vielmehr hier das Mittel zum Diebstahle sein; — das Einschleichen bildet hier ein bestimmtes Moment im Thatbestande selbst. Somit kann nicht jedes Einschleichen genügen.

Es ist daher der Württemb. Praxis darin beizutreten, daß ein sofortiges Stehlen bei dem Eingange in das Haus nicht zur Anwendung der Qualification hinreicht.

Allein ist ein Eintreten bei Nacht überhaupt ein Einschleichen? Das Schleichen setzt das Geheime und Beobachtende voraus, was bei dem Eintreten in ein Haus bei nächtlicher Weile nicht vorkommt. (Vgl. oben S. 171.)

Wir finden den allein richtigen Gesichtspunkt in dem Requisite des Eingehens (Einschleichens, Verbergens, Einschließenlassens ꝛc.) bei Tage und des Stehlens bei Nacht. In einem derartigen Gebahren des Diebes liegt eine hohe Gefahr für das Eigenthum, wie für die Person des Bestohlenen. Der gewöhnlich erst beim Eintritte der Nacht erfolgte Verschluß des Hauses sichert den Bestohlenen und sein Eigenthum nicht vor solchen Angriffen, und, indem der Dieb schon bei Tageszeit in dem fremden Gebäude weilt und dadurch sich jederzeit der Gefahr der Entdeckung aussetzt, zeigt er eine hohe Verwegenheit, welche bei der Entdeckung in einen Angriff auf die Person übergehen kann.

Diese Vorbereitung zu dem nächtlichen Diebstahle in Verbindung mit der Zeit der Ausführung ist es, welche den Diebstahl mit Recht unter die gefährlichen Diebstähle einreihen. Das

Digitized by Google

Stehlen bei Nacht wird in der Regel an sich keine besondere Verwegenheit bekunden.

Das Einschleichen (bei Tage) ist das Eingehen, bei welchem der Eingehende bestrebt ist, jedes Zusammentreffen mit den Hausbewohnern zu vermeiden. Es ist das unbefugte Eingehen, — das Eingehen ohne Wissen und Willen der Hausbewohner. Eine besondere List wird bei dem Einschleichen nicht vorausgesetzt.

Allein es fragt sich, ob man nicht überhaupt das Requisit des Eingehens zu eng auffaßt. Das Wesen der Qualification liegt vielmehr in dem Sichverbergen im Hause bei Tage. Nicht blos das Eingehen, sondern auch das Verweilen und Zurückbleiben im Hause, das Verbergen in demselben,[1]) kann ein unbefugtes sein. Auch derjenige, der befugter Weise in das Haus eingetreten, aber unbefugter Weise zurückgeblieben und dies, um zur Nachtzeit zu stehlen, gethan hat, sollte unter die Qualification gestellt werden. Auch z. B. in dem Falle, daß ein Bettler, erst nachdem er in das Haus eingetreten, den Entschluß, daselbst zur Nachtzeit zu stehlen, gefaßt hat und ausführt, würden wir daher die Qualification annehmen.

Das Wort „Einschleichen," durch welches das unbefugte Eintreten bezeichnet werden soll, erschöpft nicht das fragliche Moment. Ebenso reicht keine andere Bezeichnung des unbefugten Eintritts hin. Der Eintretende kann bemerkt oder unbemerkt, befugt oder unbefugt *eingetreten* sein; — dies Alles entscheidet nicht.

Die besprochenen Fälle werden auch durch die Bestimmung „oder sich einschließen lassen" nicht gedeckt, da es zum Begriffe dieser Diebstahlsart durchaus nicht gehört, daß das Haus verschlossen gewesen, in welchem gestohlen worden.

Vielmehr ist das Verbergen im Hause bei Tage das maßgebende Moment, — es ist die Vorbereitung zum Diebstahle.

---

1) Vgl. die Ausdrücke in den Gesetzbüchern von Hessen, Braunschweig, Baden, Bremen. Gesetzbuch von Thüringen Art. 221 „eingeschlichen hat oder heimlich darin geblieben ist."

Digitized by Google

Die Oestr. Spruchpraxis hat einen bei Nacht an freiliegenden Gegenständen ausgeführten Diebstahl, als der Dieb bei Tag sich in das damals offene Haus eingeschlichen und einschließen lassen, als einen (ausgezeichneten) Diebstahl am *versperrten Gute* behandelt, indem in Folge der stattgefundenen gänzlichen Verschließung des Hauses die darin aufbewahrten Gegenstände (jedem Auswärtigen gegenüber) versperrt gewesen und die List, wodurch der Beschuldigte die Ausführung des Vorhabens sich erleichterte, den Bestand des Sperrverhältnisses nicht aufhob.[1])

Wohin muß der Dieb sich eingeschlichen haben? In eine Räumlichkeit des Hauses, in welchem er stehlen will. Dem Hause stehen die dazu gehörigen übrigen Räume gleich, wie wir oben S. 155 ausgeführt haben. Das Gesetzbuch von Sachsen sagt ausdrücklich „in das Gebäude oder in eine der — dazu gehörigen Räumlichkeiten." Die Identität des Gebäudes, in welches der Dieb sich eingeschlichen, und desjenigen, in welchem er stiehlt, ist daher hier kein unbedingtes Erforderniß. Es kann hier keinen Unterschied machen, ob die Räumlichkeit, in welche eingeschlichen ist, so wie ob die, in welcher gestohlen worden, zur Zeit der That oder überhaupt bewohnt gewesen oder nicht, und zwar ohne Unterschied, ob beide oder nur eine derselben. Es genügt, wenn diese Räumlichkeiten, jedoch beide, Theile eines Gebäudecompleres sind und wenigstens ein Theil dieses Compleres bewohnt ist. Nehmen wir den Fall, daß auf einem geschlossenen Gutshofe der Dieb sich in den unbewohnten Kuhstall einschleicht und daselbst stiehlt, das bewohnte Hauptgebäude aber nicht betritt.[2]) Wir würden auch hier die Qualification annehmen, da wir jedes Gebäude in dem Hofe als einen integrirenden Theil des durch die Hofmauer ꝛc. zu einem Ganzen verbundenen Gebäudecompleres betrachten müssen.

Die Qualification wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß das Gebäude zur *Zeit des Einschleichens* von den Bewohnern

---

1) Oesterr. Ger. Ztg. Jahrg. 1857. S. 456. 1858. S. 15.

2) Zu vergleichen ist noch der von Bothmer, a. a. O. Bd. II. S. 201 referirte Fall.

Digitized by Google

verlassen gewesen; es genügt, wenn die Bewohner oder einer derselben zur Zeit des Diebstahls im Gebäude sich befinden. Die Rückkehr des Hausbewohners setzt den Dieb der Gefahr der Entdeckung aus. Ist das Wohngebäude auch in der Nacht verlassen, so cessirt die Qualification, auch wenn der Dieb das Bewohntsein irrthümlich vorausgesetzt hatte.

Die obigen Gesetze setzen voraus, daß der Diebstahl in der Nacht selbst ausgeführt worden. Schlich sich der Dieb in dieser Absicht ein, verübte er aber, dem entgegen, den Diebstahl vor Eintritt der Nacht, so ist die Qualification nicht vorhanden. Das O. A. G. zu Dresden hat demgemäß in einem Falle entschieden, obschon der Dieb erst in der Nacht ertappt wurde, als er sich mit den (bei Tage) gestohlenen Sachen entfernen wollte, und den Eintritt der Nachtzeit nur zur sicheren Fortschaffung der Sachen in seinem Verstecke, wohin er sie mitgenommen, abgewartet hatte.[1]) Die Qualification tritt ferner nicht ein, wenn der Dieb den Diebstahl nach Verfluß der Nacht verübt hat. Dies wurde in einem Falle ausgesprochen, als der Dieb sich eingeschlichen, in seinem Verstecke eingeschlafen und erst am andern Morgen, als er erwacht war, den Diebstahl verübt hatte.

§. 4.

Mitbewohner.

Ist der Diebstahl bei Nachtzeit ohne Weiteres qualificirt, so kann auch der Mitbewohner des Hauses die Qualification begehen. Wie aber, wenn ein Verbergen, ein Einschleichen verlangt wird? Im Allgemeinen ist die Frage zu verneinen.[2]) Allein es sind auch Fälle denkbar, in denen sie zu bejahen ist. Die Frage wird nämlich verneint, weil der Qualificationsgrund in der Regel auf den Hausbewohner nicht Anwendung leidet. Denn der Hausbewohner versteckt und verbirgt sich nicht in dem Hause, in wel-

1) Vgl. Sächs. Ger. Ztg. Bd. V. S. 355.

2) Vgl. Goltdammer, Archiv Bd. I. S. 92. Sächs. Ger. Ztg. Bd. IV. S. 348.

Digitized by Google

chem zu verweilen er völlig befugt ist; — er wird in dem Hause nicht „betreten“ und sein Aufenthalt in ihm setzt keinen Mitbewohner in Furcht, noch gefährdet er ihn. Allein diese Gründe passen nicht auf die Fälle, in denen der Hausbewohner in Hausräumen sich verbirgt, in die er einzutreten oder in denen er zu verweilen nicht befugt ist. Solche Fälle können leicht vorkommen, wenn man die in mehrere, für sich abgeschlossene Wohnungsräume zerfallende Theilung der Hauslocalitäten in Betracht zieht. Hier sind die einzelnen Haustheile, z. B. Etagen, und auch in den einzelnen Etagen wieder die einzelnen selbstständigen Wohnungen in denselben, als abgesonderte Theile des Hauses zu betrachten. Für den Inhaber der einen Wohnung ist die andere eine völlig fremde, und der Verschluß der letzteren ist ebenso gegen den ersteren, wie gegen jeden dritten gerichtet. Schleicht sich der Mitbewohner in eine andere fremde Wohnung desselben Hauses ein, um in ihr bei Nacht zu stehlen, so ist die Qualification vorhanden. (Vgl. oben S. 48.)

Ebenso kann es wohl vorkommen, daß der Mitbewohner sich selbst der Eigenschaft als Mitbewohner im einzelnen Falle entäußert und dadurch einem Extraneus sich gleichstellt. So hatte in einem Falle der Mitbewohner Abends das Haus verlassen, um angeblich die Nacht auswärts bei Verwandten zuzubringen, und es war seine Entfernung und die Dauer derselben allen Bewohnern bekannt geworden. Er schlich sich jedoch Abends unbemerkt in das Haus und auf dessen Oberboden zurück und versteckte sich daselbst, um in der Nacht einen andern Hausbewohner zu bestehlen. Er führte dies aus und entfernte sich noch in der Nacht. Er hatte die erste Entfernung und deren Dauer nur vorgespiegelt, um jeden Verdacht der Verübung des von ihm längst beabsichtigten Diebstahls von sich fern zu halten. Es wurde hier ausgezeichneter Diebstahl statuirt,[1]) indem man davon ausging, daß der Dieb dadurch, daß er die Rolle eines Fremden übernommen, auf die ihm als Mitbewohner der fraglichen Localität zustehenden Vortheile verzichtet habe.

1) Sächs. Ger. Ztg. Bd. VI S. 213.

Digitized by Google

Der einzige Bewohner des Hauſes kann dieſen Diebſtahl nicht verüben; er kann nicht gegen ſich ſelbſt gefährlich ſein und gleichſam eine doppelte Perſon in ſich vereinigen. Die Entwendung aus, andern Perſonen gehörigen, jedoch unbewohnten Räumen desſelben Hauſes iſt ein einfacher Diebſtahl.

Sechster Abſchnitt.

Diebſtahl mit falſchen Schlüſſeln.

§. 1.

Die geſetzlichen Beſtimmungen.

Dem altdeutſchen Rechte war die Auszeichnung des Diebſtahls, welche in der Anwendung falſcher Schlüſſel gefunden wird, nicht völlig unbekannt, wenngleich nur vereinzelte Stellen ihrer gedenken.[1]) Die Carolina übergeht ſie mit Stillſchweigen. Die ſpätere Praxis beſchäftigt ſich aber öfters mit der Frage, ob die Beſeitigung des Verſchluſſes durch Nachſchlüſſel — die Liſt, gegenüber der Gewalt bei der Erbrechung — in analoger Anwendung des Art. 159 der Carolina als Qualificationsfall zu behandeln ſei? Carpzov, Qu. 79 no. 40. verneint die Frage, da man zu dem Einbrechen eine violentia erforderte, welche natürlich bei dem Oeffnen mit Nachſchlüſſeln nicht vorkommt. Ebenſo z. B. Kress, ad art. 159. §. 5. 2. Dorn, Commentar §. 143, Salchov, Entwendung §. 40. Anm.

Der Code pénal qualificirt in Art. 351 den Diebſtahl mit fausses clefs.

Die deutſchen Geſetzbücher[2]) zählen zu den ausgezeichneten Diebſtählen auch die Diebſtähle mit Diebsinſtrumenten oder falſchen Schlüſſeln.

---

1) Wilda, das Strafrecht der Germanen S. 878 ff.

2) Das Geſetzbuch von Oeſtreich §. 174 qualificirt im Allgemeinen den Diebſtahl an „verſperrten Sachen.“ Vgl. noch oben S. 37.

Digitized by Google

Das Gesetzbuch von Oldenburg Art. 226 „Dittriche oder nachgemachte Schlüssel, die sich der Dieb absichtlich dazu verschaffte.“ Die Bayer. Diebstahlsnovelle vom Jahre 1816 Art. VI. erachtet als ausgezeichneten Diebstahl, wenn der Dieb (im Hause oder am Behältnisse) „daran die Schlösser mit Instrumenten z. B. Sperrhaken, Dittrichen, nachgemachten Schlüsseln oder auf andere unerlaubte Art ꝛc. geöffnet hat.“ Gesetzbuch von Württemberg Art. 325 „mittels falscher Schlüssel.“ Art. 332 „den falschen (nachgemachten) Schlüsseln werden Sperrhaken, Dittriche, Hauptschlüssel und andere Instrumente, womit Schlösser geöffnet werden können, gleichgeachtet.“ Gesetzbuch vom K. Sachsen (1838) Art. 230 „mit Diebsinstrumenten“ und (1855) Art. 278 „falsche Schlüssel oder andere zur ordnungsmäßigen Oeffnung des Verschlusses nicht bestimmte Werkzeuge.“ Gesetzbuch von Thüringen Art. 221 „nachgemachte Schlüssel, Dittriche, Sperrhaken oder sonstige Werkzeuge.“ Gesetzbuch von Baden §. 385 „mittels Eröffnung von Schlössern durch Diebsschlüssel (Dittriche, Sperrhaken, nachgemachte oder Hauptschlüssel).“ Gesetzbuch von Hessen Art. 364 „falsche Schlüssel — alle Sperrwerkzeuge, Haken, Dittriche, Hauptschlüssel, nachgemachte, veränderte oder solche Schlüssel, welche nicht für das damit geöffnete Schloß bestimmt waren.“ Gesetzbuch von Braunschweig §. 215 „Dittrich oder Nachschlüssel.“ Hannov. Ges. v. 1857. §. 6. „nachgemachte, veränderte oder für das betreffende Schloß nicht bestimmte Schlüssel, Dittriche, Sperrhaken oder andere zur Eröffnung von Schlössern geeignete Werkzeuge anwendet.“ Gesetzbuch von Preußen §. 224 „Falsche Schlüssel“ „nachgemachte veränderte oder solche Schlüssel, welche für das Schloß, bei welchem der Thäter sie anwendet,[1]) nicht bestimmt sind, sowie Dittriche, Haken und andere zum Oeffnen von Schlössern brauchbare[2]) Werkzeuge.“ Gesetzbuch von Bayern Art. 281 „mittels rechtswidrigen Gebrauchs von Schlüsseln“ und dieser wird gefunden im Gebrauche von „falschen oder nicht für das geöffnete Schloß

1) Entw. von Bremen §. 407 „für das mit demselben geöffnete Schloß.“

2) Entw. v. Bremen „geeignete.“

Digitized by Google

bestimmten Schlüsseln, Dittrichen, Sperrhaken oder andern zur Eröffnung von Schlössern geeigneten Werkzeugen ꝛc."

Das praktische Bedürfniß zu dieser Ausdehnung des ausgezeichneten Diebstahls ist unbestritten;[1]) über die Fälle aber, welche hierher zu rechnen sind, herrscht kein Einverständniß.

Man ist einig, hierher den Gebrauch von eigentlichen Diebsinstrumenten als Dittrichen, Sperrhaken u. s. w. zu zählen.[2]) Ihnen sind die für das betreffende Schloß nicht bestimmten Schlüssel jedenfalls dann gleichzustellen, wenn sie für dieses Schloß niemals bestimmt gewesen sind. Die „nachgemachten" „veränderten" Schlüssel fallen mit unter die „für das damit geöffnete Schloß nicht bestimmten" und es sind daher diese Categorien überflüssig. Allein der Zweifel tritt in praxi ziemlich scharf hervor, ob auch der für das Schloß bestimmt gewesene, aber verloren gegangene Schlüssel in der Hand des Diebes und durch den Gebrauch des Diebes als ein falscher Schlüssel sich darstelle.

Es ist namentlich geltend gemacht worden, daß der rechte Schlüssel aufhöre, der zur ordnungsmäßigen Oeffnung des Schlosses bestimmte zu sein, wenn er verloren gegangen und dadurch außer Gebrauch gekommen sei.

Man hat ferner darüber gestritten, in wie weit ein Hauptschlüssel den ordnungsmäßigen Schlüsseln beizuzählen, inwieweit er bezüglich einzelner Localitäten in Folge späterer Ereignisse, ohne Aenderung des Schlosses, die fragliche Qualität verliere.

Es ist weiter darüber gestritten worden, ob eine Kenntniß des Diebes von den, die Qualität des falschen Schlüssels bedingenden thatsächlichen Voraussetzungen zur Annahme eines ausgezeichneten Diebstahls erforderlich sei.

---

1) Eine interessante Mittheilung über die gewerbmäßigen Nachschlüsseldiebstähle und die (frühere) fabrikmäßige Anfertigung von Nachschlüsseln zu Betscha bei Meseritz, in Schletter's Annalen (Hitzig) Jahrg. 1851. Bd. I. S. 101 f.

2) Der Code pénal zählt hier auf: tous crochets, rossignols, passepartout, clefs imitées, contrefaites, altérées etc.

Digitized by Google

Man hat vielseitig das entscheidende Moment auf die Bestimmung gesetzt, welche der Eigenthümer des Schlosses dem Schlüssel gegeben, dergestalt, daß ein Wechsel in dieser Bestimmung die rechtliche Qualität des Schlüssels auch in der hier fraglichen Richtung ändere, und daß die Willkür des Eigenthümers nachträglich den echten Schlüssel in den falschen verwandle. Man hat z. B. gesagt, daß der heute in die Hände des Diebes gelangte richtige Schlüssel morgen aufhöre, der richtige Schlüssel zu sein, wenn der Eigenthümer ihn morgen durch einen andern ersetzt hat, und hat daran die Folgerung geknüpft, daß ein heute mit jenem Schlüssel verübter Diebstahl ein einfacher sei, morgen aber ein solcher Diebstahl ein ausgezeichneter Diebstahl sein werde. Man hat ferner hierher die Lehre von den Pertinenzen zur Hilfe gerufen, um hiernach im einzelnen Falle zu bestimmen, ob ein Schlüssel der richtige oder falsche sei.

Wir übergehen hier zur Zeit noch diejenigen Vorschriften, nach denen der Diebstahl mit dem richtigen Schlüssel für einen ausgezeichneten dann erklärt wird, wenn der Dieb den Schlüssel vorher sich mit List oder heimlich angeeignet hat.

§. 2.

Begriffsbestimmung des „falschen Schlüssel ꝛc.“ — Hauptschlüssel.

Die „falschen,“ „nachgemachten“ Schlüssel stehen mit den „Dittrichen“ und „Sperrhaken“ auf derselben Linie. Hier entscheidet oft nur die Form. Die Ausdehnung des Begriffs auf die richtigen, aber in der Hand des Diebes zu Diebsinstrumenten werdenden Schlüssel ist jedenfalls später erfolgt, als die Aufnahme der Dittriche in den Kreis der, den Diebstahl qualificirenden Begehungsmittel. Man nahm zunächst den Dieb von Profession in's Auge, der mit Sperrhaken und Dittrichen versehen, auf den Diebstahl ausgeht. Das Bayer. Gesetzbuch v. J. 1812 und nach ihm das Gesetzbuch von Oldenburg sagen sehr bezeichnend: „nachgemachte Schlüssel, die sich der Dieb dazu absichtlich verschaffte.“ Das ältere Sächs. Crim. Gesetzbuch (vom

Digitized by Google

J. 1838) sprach von Diebsinstrumenten, und es ist in praxi anfänglich oft der Satz vertheidigt worden, daß hiermit nicht jedes Instrument in der Hand des Diebes, sondern durch die Bezeichnung „Diebs," gegenüber jedem anderen Instrumente, nur solche Werkzeuge bezeichnet seien, deren sich die Diebe zur Eröffnung von Schlössern zu bedienen pflegen. Dies sind also Dittriche, Haken ꝛc.[1])

Die Dittriche, Haken ꝛc. sind Instrumente, die in der Regel alle Schlösser zu öffnen vermögen, und daher vorzugsweise auch für Professionsdiebe passend. Die „nachgemachten" Schlüssel (z. B. Thüringensches Gesetzbuch) deuten bereits mehr auf ein einzelnes, bestimmtes Schloß; sie weisen nicht auf einen Professionsdieb hin, bekunden aber ebenfalls eine besondere Energie der Vorbereitung, welche dem Gelegenheitsdiebe nicht beiwohnt[2]) und ihn daher vor letzterem auszeichnet.

Mehrere Gesetzgebungen sprechen von Werkzeugen, „womit Schlösser geöffnet werden können;" „zur Eröffnung von Schlössern brauchbaren" „geeigneten Werkzeugen." Es ist hierdurch eine Beschränkung angedeutet, welche die Anwendung auf jedes Werkzeug und die mit ihm bewirkte Oeffnung des Schlosses nicht gestattet. Instrumente, mit denen ein Schloß nicht in der, seiner Natur und Bestimmung gemäßen Weise geöffnet wird, gehören nicht hierher, z. B. Ofengabeln.[3]) Es wird dagegen hier ein Erbrechen verschlossener Behältnisse vorliegen.

Die Worte „falsche", „nachgemachte" (Schlüssel) haben den Zweifel hervorgerufen,[4]) ob hierunter auch derjenige eigne Schlüssel des Diebes begriffen sei, von welchem der Dieb weiß, daß er (nicht blos das Schloß, für das er bestimmt ist, sondern auch) das (fremde) von ihm zu öffnen beabsichtigte Behältniß aufschließe, und welchen er daher zur Eröffnung mitbringt. Ein „falscher"

---

1) Vgl. auch Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen 1861. S. 343.

2) Die Thüringsche Praxis verwirft jedoch die Beschränkung auf ein „bestimmtes Schloß." Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen. 1854. S. 59.

3) Vgl. aber Hufnagel, Commentar Bd. II. S. 363.

4) Hufnagel, Commentar Bd. II. S. 359 S. 971 f.

Digitized by Google

Schlüssel ist er zu nennen, weil er für das gedachte Schloß nicht bestimmt ist[1]) und die zufällige Eigenschaft desselben, daß er letzteres ebenfalls schließt, nicht in Betracht kommen kann. Er ähnelt dadurch einem Dittrich; jedenfalls ist er ein fremder Schlüssel und die ratio legis hier völlig anwendbar, wie er auch ein Instrument ist, „womit Schlösser geöffnet werden können."

Ueberhaupt ist es eine zu enge Auffassung der „falschen Schlüssel," wenn man hierunter nur Schlüssel verstehen will, die von Anfang an als falsche sich darstellen, insbesondere diejenigen, welche der Dieb nach einem Abdrucke (nach dem Schlosse) oder auf andere Weise nachgemacht hat oder nachmachen lassen. Der „falsche" Schlüssel ist gleichbedeutend mit dem sogen. „unrichtigen" Schlüssel. Man sagt dies auch von demjenigen Schlüssel, welcher für ein anderes Behältniß bestimmt ist, wenngleich letzteres und dasjenige Behältniß, bei welchem irrthümlich der Schlüssel anzuwenden versucht wurde, demselben Eigenthümer gehören. In solchen Fällen vernimmt man tagtäglich die Aeußerung: „ich habe den unrichtigen (oder falschen) Schlüssel genommen." Die ratio legis — die Beseitigung des Verschlusses mit einem dazu nicht bestimmten Schlüssel ꝛc. — paßt ebenfalls und die Geflissenheit des Diebes ist keine geringere, als die bei jedem andern falschen Schlüssel.

Eine besondere Berücksichtigung verlangen noch die sogen. Hauptschlüssel (Capitalschlüssel). Es entscheiden aber auch hier die obigen Gesichtspunkte. Ein Hauptschlüssel, ist für jedes derjenigen Schlösser, für welches er bestimmt ist, der ordnungsmäßig bestimmte; er ist, wenngleich vielleicht nicht täglich im Gebrauche, doch auch nicht außer Gebrauch gesetzt; er ist zum außerordentlichen, aber immer doch zum ordnungsmäßigen Gebrauche bestimmt.[2]) Hieraus folgt zugleich, daß der Hauptschlüssel nur für diejenigen Schlösser der ordnungsmäßige Schlüssel ist, für welche er hierzu von dem Eigenthümer bestimmt ist. Irgend ein belie-

1) Vgl. die Bestimmungen in den Gesetzbüchern von Hessen und Bayern, und dem Gesetze von Hannover.

2) Goltdammer, Archiv Bd. II. S. 125.

Digitized by Google

biger, für andere Schlösser verwendeter und bestimmter Hauptschlüssel ist nicht der ordnungsmäßige Schlüssel für alle Schlösser, die er zu öffnen vermag.[1]) Der Umstand allein, daß ein Schlüssel ein Schloß öffnen kann, macht jenen noch nicht zu dem für letzteres bestimmten, nicht zu dem ordnungsmäßigen Schlüssel. Die Qualität des Hauptschlüssels ist nur eine relative, und zwar gegenüber den für ihn bestimmten Schlössern.[2])

Dagegen ist die Bezeichnung „rechtswidriger Gebrauch" (Gesetzbuch von Bayern) jedenfalls zu allgemein. Ein solcher Gebrauch liegt überhaupt in der Handlung des Diebes, und ist auch dann vorhanden, wenn das Schloß zwar abgeschlossen worden, der Schlüssel aber im Schlosse stecken geblieben ist, und nunmehr der Dieb mit dem Schlüssel öffnet.

§. 3.

Der richtige, aber außer Gebrauch gekommene Schlüssel.

Die hauptsächlichsten Zweifel zeigen sich bei der Frage: Wann kann man von einem Schlüssel sagen, daß er zur Oeffnung des Schlosses nicht bestimmt sei, dafern er hierzu zu irgend einer Zeit bestimmt gewesen? Ist es hinreichend, daß der Schlüssel gerade in dem Augenblicke, wo desselben sich der Dieb bedient, von dem Eigenthümer des Schlosses nicht als derjenige angesehen wird, dessen er sich selbst bedient? So hat z. B. das Obertribunal zu Berlin[3]) in einem Falle die Qualification nicht angenommen, wo die Eröffnung des Schlosses durch den für das Schloß früher bestimmt gewesenen, aber verloren gegangenen Schlüssel erfolgt war, da das Gesetz einen Schlüssel voraussetze, „welcher für das Schloß überhaupt nicht bestimmt worden ist." In dem betreffenden Falle war überdies der Schlüssel nicht nur verloren gegangen, sondern auch durch einen anderen ersetzt gewesen. Die Destination des Schlüssels als des ordnungsmäßigen Werkzeugs der

1) Vgl. noch Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen 1861. S. 342.
2) Vgl. den Fall in der Sächs. Ger. Ztg. Bd. IV. S. 141.
3) Goltdammer, Archiv Bd. II. S. 691.

Digitized by Google

Oeffnung war daher aufgehoben gewesen. Dessenungeachtet wurde die Qualification nicht angenommen. Die, in Goltdammer, a. a. O. angezogenen Arrêts des Französ. Cassationshofs lassen nicht erkennen, ob nach der Ansicht des Letzteren bereits die Thatsache, daß der Schlüssel aus dem Besitze des Eigenthümers gekommen, nach Ablauf einiger Zeit (wo die Hoffnung auf Wiedererlangung erloschen sein wird), den Schlüssel zum falschen stempelt oder die Anfertigung eines neuen hinzutreten muß.

In der sächsischen Praxis sind uns viele Fälle vorgekommen, in denen die Anwendung des Gesetzes zweifelhaft geworden. Die Ersetzung des verlorengegangenen Schlüssels durch einen neuen, ist allseitig als ein Moment angesehen worden, welches jenen Schlüssel zum falschen stempelt, — und zwar auch ohne Aenderung des Schlosses selbst. Ueberhaupt hat man sich zu der Anwendung der civilrechtlichen Grundsätze von der destinatio bei den Pertinenzen geneigt gezeigt. Ob aber der richtige Schlüssel aufhöre, der ordnungsmäßige zu sein, weil er längere Zeit verloren oder auch sonst außer Gebrauch gewesen, darüber ist verschieden judicirt worden.

Wir bemerken hier Folgendes:

Die gewaltsame Beseitigung des Verschlusses von Behältnissen ist als Qualificationsmoment anerkannt worden. Es ist in ihr in subjectiver wie objectiver Beziehung eine besondere Gefährlichkeit der Entwendung zu erkennen. Man kann den Einbruch in das Gebäude und das Erbrechen verschlossener Behältnisse den rechtswidrigen Aufschlüssen des Gebäudes und einzelner Theile desselben, sowie einzelner Behältnisse gleichstellen. In jenem Falle wird mit Gewalt, in diesem aber mit List dasjenige Verschlußmittel beseitigt, mit welchem der Eigenthümer seine Sachen gegen fremde Eingriffe noch besonders verwahrte. Auch hier manifestirt sich eine besondere Geflissenheit des Diebes, welche durch den Verschluß der Sache von der Entwendung sich nicht abhalten läßt, vielmehr die Beseitigung desselben durch dazu vorbereitete Mittel anstrebt.

Für denjenigen, der im Besitze des richtigen Schlüssels sich befindet, ist der Verschluß nicht vorhanden; — für ihn ist das

Digitized by Google

Behältniß nicht verschlossen und der Inhalt desselben ohne Weiteres zugänglich; für ihn ist dasselbe offen.

Andererseits setzt der Verschluß immer ein Verschlossensein voraus. Es genügt dabei nicht, daß das Behältniß geschlossen ist. Wenn die Thüre zugeklinkt, aber nicht zugeschlossen ist, so daß durch den Druck auf die Klinke die Thüre sich öffnet, so ist zwar das Zimmer geschlossen, aber nicht verschlossen. Es wird zur Oeffnung ein besonderes Instrument vorausgesetzt, wenn ein „Verschluß" angenommen werden soll.

Ein Verschlossensein im Sinne des Gesetzes ist ferner dann nicht vorhanden, wenn der Verschluß in einer, jedem Dritten zugänglichen Weise beseitigt werden kann. Auf dem Lande wird z. B. häufig die Thüre nur durch einen sogen. Vorstecker geschlossen, der ohne weitere Mühe und ohne jede Verletzung der Thüre herausgezogen und dadurch beseitigt werden kann; ebenso durch einen Fallriegel, dessen Verschluß dadurch beseitigt wird, daß in ein dazu befindliches Loch unter demselben mit einem Stückchen Holz gefahren und er dadurch ausgehoben wird. Der Eigenthümer wie jeder Dritte bedarf hier keines Schlüssels. Ebenso kann das Holzstückchen, welches keine Besonderheiten an sich trägt, nicht als Schlüssel für ein bestimmtes Schloß angesehen werden. Es ist ein Verschluß im Sinne des Gesetzes nicht vorhanden.[1])

In denjenigen Gesetzgebungen, welche von Eröffnung von „Schlössern" sprechen, kann hierüber noch weniger ein Zweifel sein, da ein solcher Verschluß gewiß nicht als ein „Schloß" bezeichnet werden kann. Allein auch nach den übrigen Gesetzgebungen ist die Qualification nicht anzunehmen, wenn, wie in diesen Fällen, der Verschluß in Wahrheit irgend eine Sicherheit nicht bietet und jedem Dritten zugänglich ist.

Nehmen wir einen gleichstehenden Fall. Der Eigenthümer läßt den Schlüssel im Schlosse stecken oder dergestalt im Zimmer liegen, oder hängt ihn daselbst offen auf, so daß der Dieb leicht zu ihm gelangen kann. Die Gesetze erachten hier den Diebstahl

1) Vgl. hierzu die Fälle bei Goltdammer, Archiv Bd. VII. S. 139 u. in den Bl f. Rechtspfl. in Thüringen Bd. IV. S. 205.

Digitized by Google

nicht für einen ausgezeichneten.[1]) Man könnte sagen, daß den Eigenthümer eine Fahrlässigkeit treffe. Allein dieses Argument kann nicht entscheiden. Die culpa des Eigenthümers kann an sich den dolus des Diebes nicht ändern, noch kann die geringere Bestrafung des letzteren gleichsam wie eine Strafe für die Fahrlässigkeit des Eigenthümers behandelt werden. Wohl aber ist es die durch die Handlung des Eigenthümers hergestellte Sachlage, welche die Qualification ausschließt. Man kann nämlich sagen, daß nunmehr für den Dieb der Verschluß nicht mehr vorhanden sei, vielmehr der Eigenthümer ihm selbst die Eröffnung möglich gemacht habe. Der Diebstahl verliert hiermit auch den Charakter des Gefährlichen. Wir nehmen wieder eine Analogie vom Einbruchs-Diebsstahle zu Hilfe. Wenn das Gehöfte durch einen Plankenzaun umschlossen ist, in demselben aber eine schadhafte Stelle sich befindet, wo die Planken ohne Verletzung bei Seite geschoben werden können, der Dieb diese defecte Stelle entdeckt und durch sie den Eingang gewinnt, so ist der Diebstahl ein einfacher.

Nehmen wir folgenden Fall: Der Eigenthümer behält, nachdem er das Haus verlassen und verschlossen, den Schlüssel nicht bei sich, sondern versteckt ihn (wie oft auf dem Lande unter der Thürschwelle, unter dem angebauten Backofen ꝛc.). Der Dieb findet den Schlüssel und verübt den Diebstahl. Wir erachten auch diesen Diebstahl für einen einfachen. Die Aneignung des Schluß- und Oeffnungsmittels kann der Eröffnung selbst nicht gleichgestellt werden. Es ist zwar mit dieser Aneignung zugleich der Verschluß selbst für den Dieb des Schlüssels aufgehoben und beseitigt. Allein immerhin ist es der richtige, für das Schloß noch in Gebrauch befindliche Schlüssel, welcher entwendet und mit welchem die Oeffnung erzielt wurde; die Art und Weise, wie der Dieb in den Besitz des Schlüssels gelangte, kann an sich allein, wenn sie nicht selbst als ein höheres Verbrechen sich darstellt, die rechtliche Natur des späteren Diebstahls nicht ändern. Der Diebstahl bleibt ein einfacher, auch wenn der Dieb das Mittel des Diebstahls erst

1) Vgl. Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen Bd. I. S. 59.

Digitized by Google

entwendet hatte. Ist allerdings die Entwendung des Schlüssels an sich eine qualificirte, so wird der, durch sie vorbereitete Diebstahl auch für einen ausgezeichneten zu achten sein.[1]) Wenn z. B. der Dieb den Schlüssel durch Erbrechen eines verschlossenen Behältnisses oder den Schlüssel zur Geldcassette durch Aufschließen des Schrankes, in welchem jener sich befindet, mittels eines Dietrichs sich aneignet, so wird auch der, mit dem Schlüssel ausgeführte Diebstahl, bei der Einheit und inneren Verbindung beider Diebstähle, zu einem ausgezeichneten erhoben, und zwar auch dann, wenn beide Entwendungen nicht unmittelbar auf einander folgten, vorausgesetzt nur, daß die Entwendung des Schlüssels mit Rücksicht auf den spätern Diebstahl verübt wurde. Auch hier ist das Erbrechen, bez. der falsche Schlüssel das Mittel gewesen, zu den verwahrten Sachen zu gelangen, indem es dazu diente, die Verwahrung und Absperrung derselben zu beseitigen.

Man kann, wie bemerkt, die Entscheidung hier nicht von der Frage abhängen lassen, ob den Eigenthümer eine culpa in der Aufbewahrung des Schlüssels treffe. Die Frage würde oft sehr zweifelhaft und die ganze Individualität des Falles, sowie Ortsgewohnheit ꝛc. entscheiden müssen. Ja, es kann z. B. heute, wo die Nachbarn in ihren Wohnungen gegenwärtig sind und daher das Haus noch unter ihrer Mitaufsicht steht, die Aufbewahrung des Schlüssels unter der Thürschwelle eine durchaus nicht unbedachtsame sein, während sie es gestern war, wo die Nachbarleute nicht einheimisch gewesen. Der Dieb hat aber weder die Anwesenheit, noch die Abwesenheit der Nachbarleute gekannt. Will man von solchem Umstande (der Anwesenheit, resp. Abwesenheit ꝛc.) die geringere oder schwerere Bestrafung des Diebes abhängen lassen?

Der gewöhnliche Fall ist der, daß der Eigenthümer den Schlüssel verloren hat und letzterer nun in den Besitz des Diebes gelangt. Hört der Schlüssel in der Hand des Diebes schon von selbst auf, der zur Oeffnung des Schlosses bestimmte zu sein?

---

1) Goltdammer, Archiv Bd. II. S. 125. Bd VII. S 715.

Digitized by Google

Dies ist nicht anzunehmen. Die Gesetze hätten sonst einfach den Diebstahl mit rechtswidriger Anwendung von Schlüsseln qualificiren müssen. Andererseits muß zugegeben werden, daß der Schlüssel nicht für alle Zeiten der richtige Schlüssel bleiben wird. In den, in Goltdammer ꝛc. a. a. O. angeführten französischen Arrêts wird auf den Ablauf der Zeit (seit dem Verluste des Schlüssels) die Entscheidung gesetzt, ohne den Zeitraum näher zu fixiren. Die Fixirung desselben wird wohl auch mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verbunden sein. Der Ausweg aber, in jedem einzelnen Falle diese Zeitfrage nach Lage der Sache zu beantworten, ist ein sehr mißlicher und völlig unsicherer.

Hierdurch wird man von selbst darauf geführt, die Entscheidung von der Disposition desjenigen abhängen zu lassen, welcher über den Gebrauch und die Anwendung des Schlüssels zu verfügen ausschließlich berechtigt ist. Dies ist der Eigenthümer des Schlosses und des mit ihm verschlossenen Behältnisses.[1]) So lange der Eigenthümer ihn noch als den gangbaren Schlüssel betrachtet und demgemäß sich gerirt, behält er auch diese Eigenschaft. Wenn der Eigenthümer in der Hoffnung, den verlorenen Schlüssel wieder zu erhalten, in der nächsten Zeit einen neuen Schlüssel nicht anschafft, so bleibt der Schlüssel in der ihm bestimmt gewesenen Qualität und Beziehung zum Schlosse. Die Gefahr, daß inmittels der Schlüssel gemißbraucht und mit ihm ein Diebstahl verübt werden könne, schließt diese Qualität und Bestimmung um so weniger aus, als sie dem Verlierer bekannt ist und ihn zu einer sofortigen Aenderung durch Anschaffung eines andern Schlüssels nicht bewogen hat. Ein falscher Schlüssel (wie manche Gesetzgebungen, z. B. Württemb. den Fall bezeichnen) ist er noch nicht geworden.

Auf eine culpa des Eigenthümers möchten wir jedoch auch hier nicht zurückgehen. Dieselbe würde in vielen Fällen höchst schwierig festzustellen sein. Auch kann die Frage über die Qualification auf diese besondern Verhältnisse nicht gestützt werden.

---

1) Der Code pénal sagt Art. 398: „clefs qui n'ont pas été destinées par le proprietaire, locataire, aubergiste ou logeur."

Digitized by Google

Es würde zu sehr hier an objectiven allgemeinen Merkmalen fehlen. Der Wille des Eigenthümers, welcher in bestimmten Handlungen sich manifestirt, kann hier allein entscheiden. Legt z. B. der Eigenthümer einen Schlüssel völlig bei Seite, weil er sich dessen zur Oeffnung nicht mehr bedienen will, so hört der Schlüssel dadurch auf, der zur ordnungsmäßigen Oeffnung bestimmte zu sein. Der Umstand, daß er früher zu der Oeffnung bestimmt gewesen, kann nicht mehr maßgebend sein, wenn derjenige, von welchem die Bestimmung ausging, sie wieder aufgibt; die frühere Bestimmung gibt dem Schlüssel nicht einen character indelibilis.

Ebensowenig kann der Umstand maßgebend sein, ob der Schlüssel „zur Oeffnung des Schlosses paßt." Ist er nicht passend, so kann mit ihm überhaupt der Diebstahl nicht begangen werden. Es gibt übrigens eine Menge so einfacher Schlösser im täglichen Gebrauche, daß sie beinahe mit jedem Schlüssel oder Nagel geöffnet werden können. Der bestimmte Schlüssel wird auch ein passender sein, — nicht aber umgekehrt.

Die frühere Bestimmung des Schlüssels zu einem bestimmten Schlosse wird jedenfalls durch die Aenderung des Schlosses selbst aufgehoben; durch sie wird der fernere Gebrauch des Schlüssels ohnedem unmöglich. Keineswegs ist aber, wie man mehrseitig angenommen,[1]) die einzige Aufhebung dieser Bestimmung in der Aenderung des Schlosses zu finden. Es reicht zur Aenderung der Bestimmung, wie bemerkt, jede klare thatsächliche Erklärung des Eigenthümers, durch welche sein diesfallsiger Wille zum Ausdrucke gelangt, hin. Der Wille des Diebes, den Schlüssel noch als den bestimmten zu gebrauchen, kann diese Erklärung nicht wirkungslos machen und kann nicht, zu Gunsten des Diebes, dem Schlüssel eine Bestimmung bewahren, die er nur durch den Willen des Berechtigten erlangen und behalten kann. Der Wille des Diebes kommt, gegenüber dem Willen des Berechtigten, nicht weiter in Betracht.

---

1) Vgl. z. B. Oppenhof, a. a. O.

Digitized by Google

Läßt daher der Eigenthümer einen andern Schlüssel für den verlorenen fertigen, so tritt ersterer an die Stelle des letzteren. So ist auch wiederholt in der K. Sächs. Spruchpraxis entschieden und der mit dem verlorenen Schlüssel verübte Diebstahl für einen ausgezeichneten erklärt worden.[1])

Diese Sätze können, nach Befinden, gegen den Eigenthümer selbst Anwendung leiden. Wenn — um einen in praxi vorgekommenen Fall zu nehmen — der Hauseigenthümer eine Etage seines Hauses vermiethet, zu deren Localitäten er mehrere Schlüssel besitzt, und er übergibt nur einen oder einige derselben dem Miether, so hat er selbst durch den Miethvertrag und diese Uebergabe die übrigen, in seinem Besitze verbliebenen Schlüssel, auf die Dauer dieses Verhältnisses, außer Gebrauche gesetzt; sie sind gegenwärtig nicht die zum ordnungsmäßigen Gebrauch bestimmten Schlüssel. Begeht der Hauseigenthümer mit ihrer Hilfe einen Diebstahl in der Wohnung des Miethmanns, so ist der Diebstahl als ein durch Gebrauch eines falschen Schlüssels ausgezeichneter zu behandeln. Das Ober-Appell.-Gericht zu Dresden ist von diesen Sätzen ausgegangen, als eine Dienstperson des Hauswirths unter diesen Verhältnissen einen Diebstahl in der vermietheten Wohnung verübte. Noch weniger ist an der Auszeichnung des Diebstahls zu zweifeln, wenn der Eigenthümer den Schlüssel erst nach der erfolgten Vermiethung anfertigen läßt, um mit ihm den Diebstahl zu verüben. Hier kann er sich, gegenüber seiner vertragsmäßigen Verpflichtung und Stellung zu dem Miether, nicht darauf beziehen, daß er den Schlüssel für das Schloß bestimmt habe.[2])

Die Qualität des richtigen Schlüssels wird dadurch nicht aufgehoben, daß der Dieb, welcher in den Besitz desselben gelangt ist, den Besitz gegen den Eigenthümer auf dessen Nachfrage abläugnet.[3])

1) A. M. war das Ob.-Tribunal zu Berlin. Vgl. Oppenhof, a. a. O. S. 178. Goltdammer, Archiv Bd. II. S. 691. Bd. IX. S. 140 f. Vgl. jedoch auch Bd. III. S. 263.

2) So entschied auch das Ober-Tribunal zu Berlin. Vgl. Oppenhof, a. a. O. S. 551. Goltdammer, Archiv. Bd. IX. S. 849.

3) Vgl. jedoch noch unten §. 6.

Digitized by Google

§. 4.

Die „versperrte" Sache.

Das Oesterr. Gesetzbuch qualificirt den Diebstahl an versperrten Sachen.[1]) Es wird hier die Qualification dadurch nicht aufgehoben, daß der Schlüssel, mit dem das Schloß geöffnet worden, der richtige gewesen; insbesondere nicht dadurch, daß der Dieb auf nicht unrechtmäßige Weise in den Besitz gelangt ist. Wäre er jedoch mit der Oeffnung vom Eigenthümer beauftragt gewesen, so würde hierdurch für ihn die Sache den Charakter einer versperrten verloren haben.[2]) Dies gilt auch dann, wenn der Dieb durch ein unwahres Vorgeben den Auftrag zur Oeffnung sich zu verschaffen gewußt hat. Ebenso ist die „Sperre" bei einem, mehreren Personen zugehörigen Schlüssel z. B. zu einer gemeinschaftlichen Wohnung, rücksichtlich jeder dieser Personen nicht vorhanden.

Ist der Schlüssel im Schlosse nur umgedreht, aber nicht abgezogen, so kann eine Sperre nicht angenommen werden; — wohl aber ist sie dann und hiermit auch die Qualification anzunehmen, wenn der Schlüssel in der Nähe oder überhaupt für Jedermann bemerkbar liegt. Denn mit der Entfernung des Schlüssels aus dem Schlosse tritt die Sperre der Sache ein und es ist ohne Einfluß hierauf, wohin der Schlüssel gelegt worden.

§. 5.

Die Eröffnung als das Mittel zum Diebstahle.

Die Eröffnung mit dem falschen Schlüssel ist das Mittel, um Zugang zu der Sache zu verschaffen, deren Entwendung beabsichtigt wird. Sie ist hier das Mittel, wie bei den oben geschilderten Diebstählen das Einbrechen und das Einsteigen das

---

1) Weeber, Abhandl. ꝛc. S. 357.

2) Vgl. Kitka, Abhandl. a. d. Strafrechte ꝛc. S. 190. Herbst, Handb. Bd. I. S. 344. Weeber, Abhandl. ꝛc. S. 350 f.

Digitized by Google

Mittel ist. Ebensowenig ist aber auch hier nöthig, daß die Qualificationshandlung unmittelbar das Behältniß betrifft, in welchem die Sache sich befindet. So wird z. B. durch den Verschluß des Hauses auch der Complex aller in ihm befindlichen, wenngleich offen daliegenden Gegenstände verschlossen und die rechtswidrige Eröffnung des Hauses qualificirt auch die Entwendung eines dieser Gegenstände.[1]) Aus diesem Grunde ist, wie schon oben bemerkt, die Entwendung qualificirt, wenn sie zwar mit dem richtigen Schlüssel erfolgte, der Dieb sich aber in den Besitz desselben auf qualificirende Weise gesetzt hatte.

Die Eröffnung muß in diebischer Absicht erfolgen. Die unbefugte Eröffnung allein, z. B. aus Neugierde, den Inhalt des Behältnisses kennen zu lernen, qualificirt die nachfolgende (z. B. durch den Glanz der vorgefundenen Gegenstände veranlaßte) Entwendung nicht.

Der Umstand, daß das Behältniß oder das Gebäude auch auf eine nicht qualificirte Weise geöffnet werden konnte, schließt die Qualification der Eröffnung hier ebensowenig als beim Einbruche, bez. Einsteigen aus. Der Begriff des „Verschlusses" cessirt nicht, da die von dem Diebe bewirkte Oeffnung, durch welche er den Zugang zu der Sache sich verschaffte, an der Stelle, wo sie erfolgte, einen Verschluß beseitigte und diese Beseitigung eine ordnungswidrige war. Als ein Dieb aus dem mittlern, verschlossenen Kasten einer Commode, nach Eröffnung des Kastens mittels falschen Schlüssels, einen Gegenstand entwendet hatte, wurde die Qualification angenommen, obgleich der obere Kasten unverschlossen gewesen und daher der Dieb durch Herausziehen desselben sich ohne Weiteres Zugang in den mittlern Kasten hätte verschaffen können.[2])

Bei der Eröffnung verschlossener Behältnisse ist es gleichgiltig, ob dieselben im Innern eines Gebäudes oder an einem

---

1) Vgl. auch Goltdammer, Archiv Bd. II. S. 125.

2) Vgl. Goltdammer, Archiv Bd. X. S. 497. Ebenso der oberste Gerichtshof zu Wien; Herbst, Handb. ꝛc. Thl. I. S. 345.

Digitized by Google

Gebäude oder außerhalb eines ſolchen und im Freien ſich befinden.[1])

Wohngebäude werden daher nicht vorausgeſetzt.[2])

§. 6.

Der rechte, aber mit Liſt ꝛc. erlangte Schlüſſel.

Einige Geſetzgebungen (vgl. z. B. Geſetzbuch von Bayern vom Jahre 1812 und 1862, Hannover, Württemberg, Großh. Heſſen) haben den Fall zum ausgezeichneten Diebſtahle gerechnet, wenn der Dieb mit Liſt oder heimlich den richtigen Schlüſſel entwendet hat. Hier tritt der Geſichtspunkt hervor, ob der Eigenthümer den Schlüſſel gehörig verwahrt habe oder nicht, ſo daß der Dieb erſt beſondere Veranſtaltungen treffen mußte, um in den Beſitz des Schlüſſels ſich zu ſetzen. Der Verſchluß des Behältniſſes iſt durch die gehörige Sicherung des Schlüſſels gewahrt und die Entwendung des letzteren iſt der gewaltſamen Eröffnung des Verſchluſſes ſelbſt gleichgeſtellt worden. Dieſe Ausdehnung des hier fraglichen Thatbeſtandes wird durch die Geſetzgebungspolitik gerechtfertigt, wenngleich die Conſequenz derſelben zu vermiſſen. Die Durchführung dieſer Beſtimmung in praxi erzeugt übrigens mannigfache Zweifel; namentlich das Wort „heimlich" im Gegenſatze des „mit Liſt." Die meiſten Entwendungen erfolgen heimlich; die Heimlichkeit iſt nichts Beſonderes. Denn auch z. B. der Dienſtbote, welcher den offen daliegenden Schlüſſel bei der Reinigung des Zimmers an ſich nimmt, nimmt ihn heimlich an ſich; die Liſt wird dagegen eine Vorbereitung, mindeſtens eine kluge Ausführung des Diebſtahls vorausſetzen.

---

1) In einem Falle bemerkte das Obertribunal zu Berlin, daß „fremde" (innere) Räume (eines Gebäudes) vorauszuſetzen ſeien. Goltdammer, Archiv Bd. II. S. 691. Es hängt jedoch dies wohl mit der Frage zuſammen, ob das Erbrechen ꝛc. anvertrauter Behältniſſe und die Aneignung des Inhalts derſelben als Diebſtahl oder als Unterſchlagung zu betrachten ſei?

2) Vgl. aber Geſetzbuch v. Braunſchweig §. 215.

Digitized by Google

Interessant ist hierbei die K. Bayer. Novelle v. 1816 Art. VI., welche sagt: „auch mit den rechten Schlüsseln, welche der Dieb sich vorher heimlich oder mit List verschaffte, geöffnet hat," und das schon vorher unter dem 4. Oct. 1814 erlassene Rescript,[1]) in welchem die Worte des Gesetzbuches v. J. 1813 „oder mit den rechten Schlüsseln, welche von ihm erst heimlich entwendet oder mit List genommen worden sind" erläutert werden. In dem Rescripte wird gesagt: „mit List oder auf andere Art, das heißt, durch heimliche Weise, Entwendung, als Gegensatz der List, absichtlich an sich gebracht, um stehlen zu können;" — ferner: „es kommt darauf nicht an, ob er sie zum Eigenthume oder zum Gebrauche heimlich entwendet;" — und endlich: „Auf die Länge des Zwischenraumes von der absichtlichen ꝛc. Verschaffung an bis zur Vollbringung des Diebstahls kommt nichts an, und der Diebstahl ist als gefährlicher strafbar, wenn auch der Dieb auf der Stelle, wie er die Schlüssel ꝛc. sich verschaffte, damit den Diebstahl verübt, ebenso als wenn er es Stunden oder Tage vorher thut."

Das neue Gesetzbuch von Bayern sagt in Art. 281 „oder sich der rechten Schlüssel bedient, nachdem er sich dieselben vorher heimlich oder mit List verschafft hat." Dieses Accentuiren des vorherigen Verschaffens finden wir in dem Gesetzbuche von Württemberg Art. 323 und von Hessen Art. 364 nicht, wohl aber, in wörtlicher Uebereinstimmung mit Bayern, in dem Hannov. Gesetze v. 1857. §. 6.

In diesem „vorherigen Verschaffen" liegt, wie wir sofort sehen werden, eine Quelle neuer Streitfragen. Daß die Ansichnahme des Schlüssels früher erfolgen muß, als die mit ihm auszuführende Entwendung, versteht sich von selbst. Es scheint daher, als ob dies einer besondern Hervorhebung im Gesetze nicht bedurft hätte. Ist dies aber der Fall, so liegt die Vermuthung nahe, daß der Gesetzgeber etwas Besonderes bestimmen und zwar die Qualification dann ausschließen wollen, wenn die Ansich-

1) Vgl. Doppelmaier's Sammlung S. 55 f. (Ed. III.)

Digitized by Google

nahme des Schlüssels und die Entwendung selbst unmittelbar aufeinander folgen.

Das OAG. zu München hat [1]) auf Grund der angeführten Bestimmungen zur Qualification vorausgesetzt, daß das Verschaffen des Schlüssels und die Ausführung des Diebstahls nicht in einer und derselben Handlung zusammentreffen, nicht als die gleichzeitige Vollziehung des verbrecherischen Vorsatzes erscheinen, [2]) und daß der Bestohlene den Schlüssel verwahrt [3]) habe, so daß die Wegnahme nicht blos ohne sein Wissen, sondern auch gegen seine Voraussicht erfolgt sei. Als „List" ist es angesehen worden, als der Dieb den Eigenthümer unter einem unwahren Vorgeben um einstweilige Ueberlassung des Schlüssels bat, obschon der Eigenthümer die Lüge erkannte und den Schlüssel nur deshalb überließ, um nunmehr desto sicherer den Dieb zu überraschen. [4]) Man fand das Charakteristische darin, daß der Dieb vorerst Schleichwege betritt oder Lügen und Verstellung anwendet, um sich den Schlüssel zu verschaffen. Es ist ferner als List (?) angesehen worden, als ein Hausgenosse, welcher den Schlüssel an der Thüre steckend gefunden, dessen Besitz auf die Nachfrage des Eigenthümers abgeläugnet hatte. [5])

Dagegen hat man die Qualification nicht angenommen, als der Dieb den Aufbewahrungsort des Schlüssels zum Voraus gewußt, denselben ohne Ueberwindung irgend einer besondern Schwierigkeit lediglich an sich genommen und sofort zur Verübung des Diebstahls gebraucht hat. [6])

---

1) Zeitschrift ꝛc. für Bayern Bd. I. S. 460.

2) Vgl. noch die angez. Zeitschrift Bd. II. S. 47; — jedoch auch Bd. VI. S. 89.

3) Dagegen wurde in einem andern Falle eine besondere Verwahrung nicht als nöthig angesehen und die Qualification angenommen, als der Dieb den Schlüssel heimlich vom Tische, wohin ihn der Eigenthümer gelegt hatte, weggenommen. Angez. Zeitschr. Bd. III. S. 368 f.

4) Vgl. die angez. Zeitschr. Bd. II. S. 46.

5) Angez. Zeitschrift Bd. III. S. 97.

6) Angez. Zeitschr. Bd. VI. S. 431. Vgl. den entgegengesetzten Fall, wo der Dieb nach einem etwa passenden Schlüssel sich im Locale

Digitized by Google

Das Suchen nach dem Schlüssel ist in der Württemb. Praxis nicht ohne Weiteres als ein „zur Handbringen durch List oder heimlich“ angesehen worden;[1]) — ausnahmsweise in dem Falle, als der Dieb den Schlüssel in verschiedenen Localitäten des Hauses gesucht und ihn endlich in einem ganz entlegenen Verstecke (auf dem sogen. Himmel eines Bettes) in einem andern Zimmer zufällig gefunden hatte. Hier liege eine Vorbereitung des Diebstahls vor, welche die besondere Geflissenheit des Diebes bekunde. Man kann sagen,[2]) daß die Qualification wegfällt, wenn der Schlüssel so unsicher verwahrt war, daß der Dieb bei der Ausführung ihn sogleich finden konnte. Hat der Dieb den richtigen Schlüssel von dem Eigenthümer zu einem erlaubten Zwecke erhalten, so kann der Mißbrauch desselben zum Diebstahle letztern nicht qualificiren,[3]) selbst dann nicht, wenn der Dieb, als ihm der Schlüssel ausgehändigt wurde, gleichzeitig daran dachte, ihn auch zu einem Diebstahle zu mißbrauchen.

Der Zufall, durch welchen der Dieb in den Besitz des Schlüssels gekommen ist, fällt nicht unter „die List und heimliches Ansichbringen;“[4]) — es ist keine Vorbereitung zum Diebstahle, wie auch die List ein Mehreres bedeutet, als das bloße Wegnehmen des Schlüssels.

Schon diese Entscheidungen zeigen das Mißliche der Ausdrücke: „List“ „heimlich“ „vorher Anschaffen.“ Die Ansichnahme des Schlüssels, welcher offen daliegt oder dahängt und vom Diebe

---

umgesehen und einen solchen auch gefunden. Hier wurde (Angez. Zeitschr. Bd. VII. S. 79.) die Qualification lediglich deshalb nicht angenommen, weil Aneignung des Schlüssels und die Entwendung unmittelbar auf einander folgten. Vgl. dagegen den Fall in Blättern f. Rechtsanw. in Bayern Jahrg. 1839. S. 161 f., wo die Auszeichnung nicht angenommen wurde, als der Schlüssel in der Nähe der Thüre oder des Behältnisses auf oder unter dasselbe gelegt worden und der Dieb ihn daselbst gefunden oder selbst aufgesucht hatte.

1) Hufnagel, Commentar Bd. II. S. 354. 358.

2) Hufnagel, a. a. O. S. 359.

3) Hufnagel, a. a. O. in Verb. mit Präjudizien ꝛc. S. 413.

4) Hufnagel, Commentar Bd. II. S. 355 f.

Digitized by Google

benutzt wird, kann weder als eine listige, noch als eine heimliche bezeichnet werden.[1]) Die ganze Entwendung ist vielleicht eine heimliche zu nennen; nicht aber besonders und im Gegensatze zu dem Acte der Entwendung selbst die Ansichnahme des Schlüssels. Ebenso wird man das Suchen nach dem Schlüssel, wenn nicht hierbei der Dieb eine besondere Verschlagenheit bekundet, — und dies ist wieder eine sehr unsichere, zu Willkürlichkeiten führende Beschränkung — schwerlich ein Verschaffen mit List oder ein heimliches Verschaffen nennen können.

Die Aneignung des Schlüssels selbst wird, wenn nicht eine bloße Benutzung zum Diebstahle beabsichtigt worden, sondern ihn der Dieb mit entwendet und fortnimmt, als Diebstahl anzusehen, jedoch, da er als die Vorbereitung zu dem ausgezeichneten Diebstahle sich darstellt, mit diesem ein fortgesetztes Verbrechen bilden.[2])

§. 7.

Beweis der Qualification.

Eine wichtige Frage ist noch folgende: Ist es Aufgabe der Anklage, dem Diebe die Wissenschaft von den, die Qualification bedingenden thatsächlichen Umständen nachzuweisen, oder genügt der Beweis der letzteren bis dahin, daß der Angeklagte die Unkenntniß von denselben nachweist? — Es wiederholt sich die, namentlich bei dem Verbrechen der Unzucht mit Kindern unter 12 Jahren neuerdings vielfach ventilirte Frage: Entscheidet für den Charakter des Verbrechens das Vorhandensein des dasselbe

---

1) Vgl. noch den Fall bei Hufnagel, Präjudizien ꝛc. S. 414.

2) In dem K. Bayer. Erl. Rescripte v. J. 1814 (Doppelmaier, Sammlung ꝛc. Ed. III. S 56) wird gesagt: „daß an den Schlüsseln selbst ein Diebstahl im juristischen Sinne begangen wird, ist zu dieser Qualification weder den Worten noch dem Geiste des Gesetzes nach erforderlich. Das Eigenthum des im Werthe so unbedeutenden Schlüssels trägt zur Qualification einer Handlung, welche nur in der absichtlichen Verschaffung der Mittel des Diebstahls, als im Gebrauche der Mittel ihren Grund hat, nichts bei."

Digitized by Google

auszeichnenden Verhältnisses oder muß der Thäter sich eines solchen auch bewußt gewesen sein?[1]) Das K. Preuß. Obertribunal (vgl. Goltdammer, Archiv Bd. III. S. 843 fg.) hat, in specieller Beziehung auf den Diebstahl mit falschen Schlüsseln, ausgesprochen, wie es nicht nöthig sei, dieses Wissen positiv festzustellen, vielmehr nur in Fällen, wo eine besondere Veranlassung zu der Annahme sich ergebe, daß die besondern Umstände dem Thäter doch unbekannt geblieben sein möchten, festgestellt werden müsse, ob diese Unbekanntschaft anzunehmen. Im Allgemeinen sind wir der Ansicht, daß der Anklage der Beweis jener Wissenschaft obliege, weil die Anklage auf diesem Qualificationsgrund mit beruht und durch dessen Existenz die Anwendung des Strafgesetzes für den ausgezeichneten Diebstahl bedingt ist. Es kann hier nicht, wie geschehen, daraus, daß nur ein Qualificationsgrund vorliege, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel über Umfang und Vertheilung der Beweislast gefolgert werden. Ganz anders gestaltet sich der Fall da, wo das Gesetz die Schwere der Strafe nach der Schwere des Erfolgs verschieden abgestuft hat, wie dies meistens bei den Verbrechen der Brandstiftung und des Raubes zu geschehen pflegt. Hier entscheidet das rein Objective; die verbrecherische Handlung wird in ihrem dolus von dem Erfolge nicht berührt, wie sie auch die wirkende Ursache des schwereren Erfolgs bleibt. In Fällen der gegenwärtigen Erörterung ist dagegen ein Theil der verbrecherischen Handlung selbst und eine besondere Eigenschaft derselben in Frage. Man sieht nicht ein, weshalb hier eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln über den Beweis der Anklage gemacht werden soll und darf.

In praxi wird sich meistentheils der Zweifel von selbst erledigen. Der Gebrauch des an sich falschen Schlüssels, wie jedes

---

1) Vgl. Mittermaier im Gerichtssaal 1854. Bd. II. S 11 f. und die daselbst referirten Entscheidungen in Verb. mit Hannöv. Magaz. von v. Klencke Bd. IV. S. 120 f. und Goltdammer, Archiv Bd. II. S. 238 f. 254. Bd. III. S. 56. Vgl noch Schwarze, Blätter f. Rechtspfl. in Thüringen Bd. II. S. 211. Vgl. neuerdings endlich (Hess.) Archiv f. prakt. Rw. v. Emminghaus ꝛc. Bd. IX. S. 1 f.

Digitized by Google

andern Diebsinstruments enthält bereits wider den Dieb den Beweis der Wissenschaft davon, daß der Schlüssel nicht zum ordnungsmäßigen Gebrauch bestimmt sei. Nur wo der ächte Schlüssel gebraucht worden, können Zweifel entstehen. Allein auch sie werden in der Regel durch die Angaben des Diebes über den Erwerb des Schlüssels, insbesondere auch über die Zeit, seit welcher er ihn besessen, leicht sich erledigen. Der Dieb ist meistens in dem Glauben, daß der Schlüssel nicht der richtige oder daß er vorlängst durch einen andern ersetzt sei. In den wenigen Fällen, wo er dies bezweifelt und die fortdauernde Richtigkeit des Schlüssels behauptet, wird er auch näher angeben, worauf seine Behauptung sich stütze; hiernach wird der Richter beurtheilen, ob und inwieweit letztere glaubhaft sei. Ebenso wird häufig hier die Bezugnahme auf einen dolus indirectus vollkommen der Sachlage entsprechen. Die schwierigsten Fälle sind vielmehr diejenigen, in denen der Eigenthümer über den Verlust des Schlüssels deponirt und erst aus diesen Depositionen Zweifel sich ergeben, ob der Schlüssel wirklich als ein falscher zu betrachten sei, obgleich der Dieb gar nicht geglaubt hat, daß er den richtigen Schlüssel angewendet habe. Der Fall gestaltet sich sodann leicht dahin, daß dem Diebe der Irrthum über ein thatsächliches Moment des Verbrechens zu Statten kommt. Ja, es kann sogar der Dieb auf eine Weise in den Besitz des Schlüssels gelangt sein, welche in dem Diebe jeden Zweifel ausschließen mußte, als ob er den richtigen Schlüssel angewendet habe.

Wir referiren hier einen Fall aus der Praxis: A verliert den Schlüssel der Vorhausthüre zu seiner Wohnung. Der Schlüssel der anstoßenden Küchenthüre des Nachbars auf derselben Flur schließt ebenfalls jene Vorhausthüre. Der Verlierer, in der Hoffnung, den Schlüssel wiederzufinden, gebraucht einstweilen mit Genehmigung des Nachbarn den Küchenthürschlüssel des Letzteren zum Verschlusse und zur Oeffnung seiner Thüre, jedoch dergestalt, daß er den Küchenschlüssel jedesmal aus der Küchenthüre, wo er fortdauernd gesteckt hat, abgezogen und, nach gemachtem Gebrauche, daselbst wieder eingesteckt hat. Ein Dieb — ohne alle Kenntniß dieser Vorgänge — versucht mit dem ansteckenden Küchenschlüssel,

Digitized by Google

nachdem er ihn abgezogen, die verſchloſſene Vorhausthüre zu öffnen und ſtiehlt, als ihm dies gelungen, aus dem Vorhauſe mehrere Gegenſtände. Der Dieb mußte nothwendig den Schlüſſel für den unrichtigen halten, wogegen der Beſtohlene ausſagte, daß er den Schlüſſel ſeit mehreren Wochen zur Oeffnung ſeiner Behauſung verwendet habe und verwende.

Fragt man übrigens, ob der Schlüſſel in dieſem Falle als der zum „ordnungsmäßigen" Gebrauche „beſtimmte" anzuſehen geweſen, ſo bejahen wir die Frage. Die Beſtimmung war allerdings nur eine vorübergehende, und der Schlüſſel ſelbſt zunächſt für eine andere Thüre beſtimmt, als zu welcher der Beſtohlene ihn gebrauchte. Allein das erſtere Moment iſt nicht maßgebend, da durch dasſelbe die Thatſache, daß der Schlüſſel zum ordnungsmäßigen Gebrauche beſtimmt geweſen, nicht aufgehoben wird und die Zeitdauer der Beſtimmung einflußlos iſt. Außerdem würde auch derjenige Schlüſſel, welchen der Eigenthümer aus irgend einem Grunde nächſtens außer Gebrauch zu ſetzen, bereits entſchloſſen iſt, aufhören, der ordnungsmäßige zu ſein. Es entſcheidet vielmehr die gegenwärtige Beſtimmung des Schlüſſels. Daß hiernächſt der Schlüſſel auch für ein anderes Schloß und zwar hauptſächlich beſtimmt geweſen, iſt ebenfalls gleichgiltig, da der Eigenthümer des Schlüſſels mit der gleichzeitigen Verwendung desſelben für ein anderes Schloß einverſtanden geweſen und ſomit beide Theile — der Verleiher und der Leihende — ihn als den richtigen Schlüſſel für letzteres behandelten; er diente nunmehr für zwei Schlöſſer, für welche er der ordnungsmäßige wurde. — Der Diebſtahl ſelbſt ſtellte ſich ſonach als ein einfacher dar.

Digitized by Google

In **Ferdinand Enke's** Verlag in **Erlangen** ist erschienen und durch alle Buchhandlungen des In- und Auslandes zu beziehen:

Abbeg, J. F. H., Beiträge zur Begutachtung des Entwurfs des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern vom Jahre 1854. gr. 8. 1854. geh. 28 Sgr. od. 1 fl. 36 kr.

Beschorner, J. H., das deutsche Eisenbahnrecht mit besonderer Berücksichtigung des Actien- und Expropriationsrechtes gr. 8. 1858. geh. 1 Thlr. 22 Sgr. od. 3 fl.

Bleibtreu, L. O., die Lehre von den Wechseln mit Hinweisung auf bestehende Gesetze. gr. 8. 1860. geh. 22 Sgr. oder 1 fl. 12 kr.

Brauer, Eduard, die deutschen Schwurgerichtsgesetze in ihren Hauptbestimmungen übersichtlich zusammengestellt, mit kurzem Hinweis auf fremdes, insbesondere französisches und englisches, auch schottisches und nordamerikanisches Recht. gr. 8. 1856. geh. 1 Thlr. 15 Sgr. od. 2 fl. 36 kr.

Brauer, W., die allgemeine deutsche Wechselordnung mit den Abweichungen der Oesterreichischen Wechselordnung erläutert. 2te vermehrte und verbesserte Auflage. gr. 8. 1851. geh. 1 Thlr. 6 Sgr. od. 2 fl.

Busch, F. W., die Stimme der Praxis bei den höchsten deutschen Landestribunalen und anderen Spruchcollegien über verschiedene Streitfragen aus dem Gebiete des bürgerlichen Rechts und Prozesses. gr. 8. 1862. geh. 1 Thlr. 18 Sgr. oder 2 fl. 42 kr.

Frey, Ludwig, Frankreich's Civil- und Criminalverfassung. II. vermehrte Auflage. gr. 8. 1851. geh. 1 Thlr. 26 Sgr. od. 3 fl.

— — die Staatsanwaltschaft in Deutschland und Frankreich. gr. 8. 1850. geh. 1 Thlr. 2 Sgr. od. 1 fl. 54 kr.

Gerichtssaal, der, Zeitschrift für volksthümliches Recht insbesondere für öffentlich-mündliches Verfahren in Criminal- und Civilsachen und Geschwornenverfassung. Unter Mitwirkung vieler, den deutschen gesetzgebenden Versammlungen, Gerichtshöfen und Hochschulen ꝛc. angehörenden Juristen, herausgegeben von Dr. von Jagemann. I.—V. Jahrgang. 1849—1853. VI.—IX. Jahrgang, herausgegeben von Dr. F. Ch. v. Arnold, Dr. A. v. Hye-Glunek und Dr. F. O. Schwarze. 1854—1857. Der Jahrgang von 12 Heften. 4 Thlr. 20 Sgr. oder 8 fl.

— — X.—XV. Jahrgang, herausgegeben von Dr. F. Ch. v. Arnold, Dr. H. Hälschner, Dr. A. v. Hye-Glunek, Dr. K. J. A.

Digitized by Google

Mittermaier und Dr. F. O. Schwarze. 1858—1863. Der Jahrgang von 6 Heften. 2 Thlr. 16 Sg. oder 4 fl. 24 kr.

Jagemann, Dr. L. von, Criminallexicon. Nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung in Deutschland bearbeitet. Fortgesetzt von Wilhelm Brauer. Lex. 8. 1854. geh. 5 Thlr. od. 9 fl.

Janke, H., das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers. Zwei civilistische Abhandlungen, unter Berücksichtigung der modernen Gesetzgebungen herausgegeben. gr. 8. 1861. geh. 1 Thlr. 16 Sgr. od. 2 fl. 42 kr.

Jeitter, E. die K. Württembergische Strafanstalt für jugendliche Verbrecher in Schwäbisch Hall. gr. 8. 1863. geh. 15 Sgr. oder 48 kr.

Kärcher, K. G., die Straferkenntniss. Eine Begründung des Strafbeweises in der Denklehre. I. Band. Die Lehre von der Erkenntniss. gr. 8. 1857. geh. 1 Thlr. od. 1 fl. 45 kr.
— — II. Band. 1. Abth. Die Lehre von der Erkenntniss der Strafbarkeit. gr. 8. 1848. geh. 22 Sgr. od. 1 fl. 12 kr.
— — II. Band. 2 Abth. Der gegenständliche Thatbestand des Verbrechens. gr. 8. 1861. geh. 1 Thlr. oder 1 fl. 45kr.

Kletke, Dr. M. G., Sammlung von Präjudizien der obersten Gerichtshöfe Deutschlands in Handels-, See- und Wechselrechts-Streitsachen bis zu Ende des Jahres 1856. gr. 8. 1857. geh. 1 Thlr. 10 Sgr. od. 2 fl. 24 kr.
— — desselben Werkes erste Fortsetzung. gr. 8. 1857. geh. 24 Sgr. od. 1 fl. 24 kr.
— — desselben Werkes zweite Fortsetzung. gr. 8. 1858. geh. 1 Thlr. 16 Sgr. od. 2 fl. 40 kr.

Lehmann, Dr. G., die Mobilisirung des Hypothekenbriefes. gr. 8. 1863 8. Sgr. oder 28. kr.

Neumann, Dr. jur. M., Geschichte des Wechsels im Hansagebiete bis zum 17. Jahrhundert nach archivalischen Urkunden. gr. 8. geh. 1 Thr. 6 Sgr. oder 2 fl.

Schwarze, Dr. Friedr. Oskar, zur Lehre von dem sogenannten fortgesetzten Verbrechen. 8. 1857. geh. 12 Sgr. oder 40 kr.

Zeitschrift des Anwaltsvereines für Bayern. Bd. I.—III. 1861/63. Der Band von 24 Nummern à 1 Bogen. gr. 8. 2 Thlr. od. 3 fl. 24 kr.

Zeitschrift, für das gesammte Handelsrecht. Herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt. I. Band. gr. 8. 1858. geh. 2 Thlr. 20 Sgr. oder 4 fl. 48 kr.
— — II.—VI. Band. 1859/1862. à 3 Thlr. 18 Sgr. od. 6 fl.

Digitized by Google

Digitized by Google

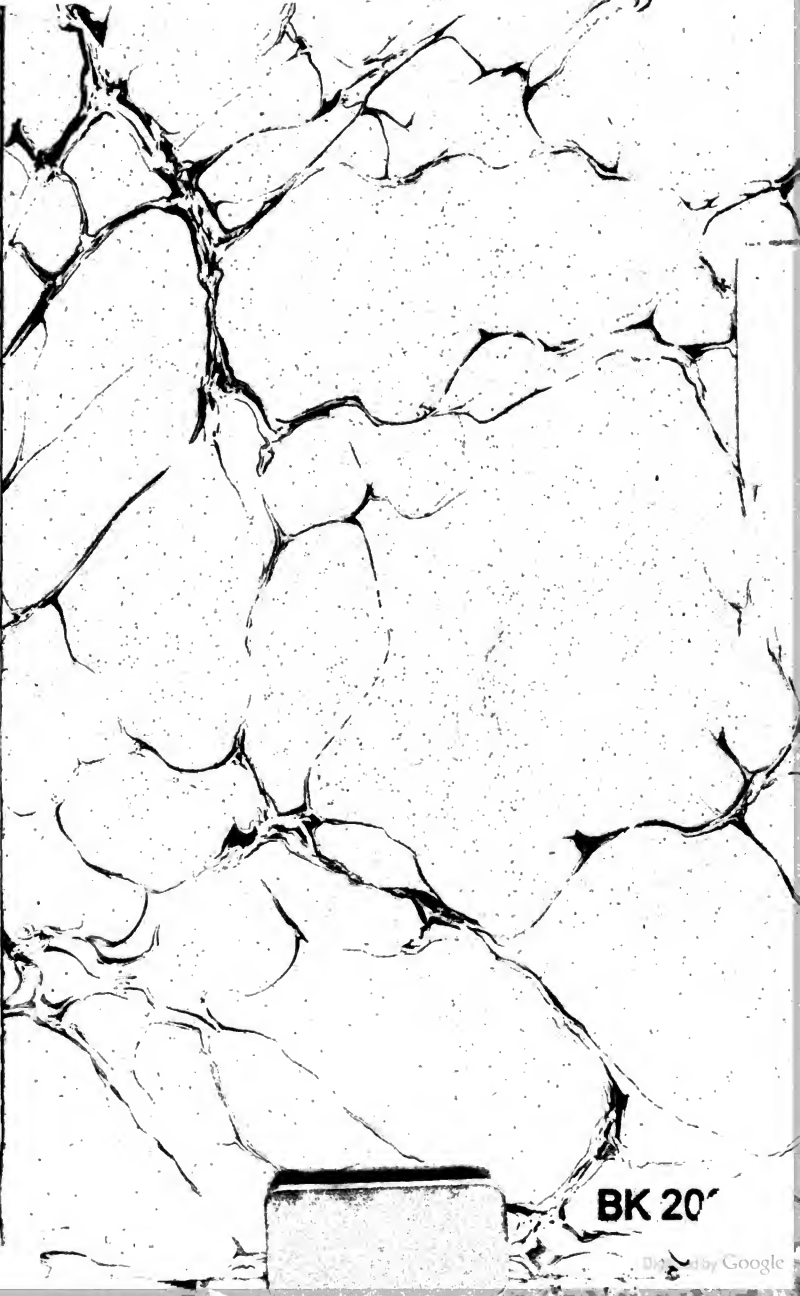
Digitized by Google

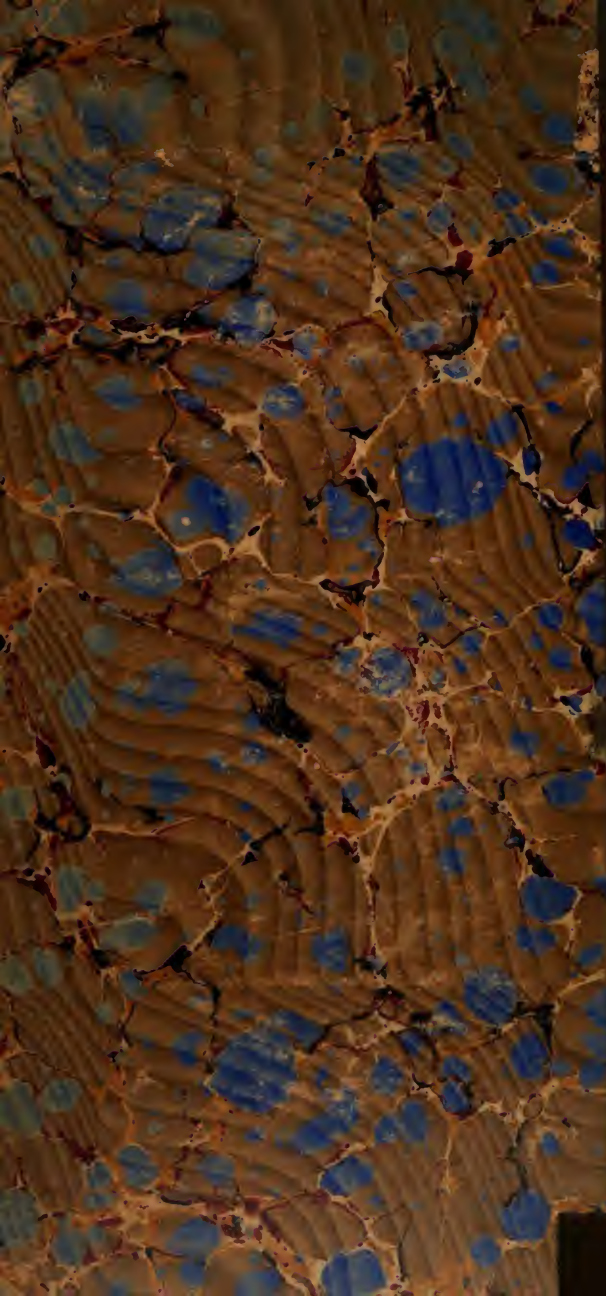
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


BK 20
Digitized by Google


Digitized by Google